

O STANDARDIMA UTVRĐENOSTI ČINJENICA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Dr. sc. Mihajlo Dika
umirovljeni sveučilišni profesor
Zagreb

UDK: 347.91/95
Ur.: 25. ožujka 2015.
Pr.: 2. travnja 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se, nakon određenja pojma utvrđenja činjenica i komparativne prezentacije teorijske elaboracije problematike standarda utvrđenosti činjenica u parničnom postupku u njemačno-austrijskom, bivšem jugoslavenskom i postojugoslavenskom pravnom krugu, nastoji zauzeti stav o tome koji bi trebao biti osnovni standard utvrđenosti pravno relevantnih činjenica u hrvatskom parničnom postupku. Stav da bi to trebala biti sigurnost (izvjesnost) definirana kao utvrđenost koja isključuje razumnu sumnju u postojanje nečeg drugog nastoji se, najprije, opravdati okolnošću da je taj standard izrijeком zakonski predviđen, a zatim, između ostaloga, i okolnošću da mjerodavne norme materijalnog prava nastupanje pravnih posljedica čije se ostvarenje nastoji postići u postupku pred sudom redovito uvjetuju postojanjem ili nepostojanjem određenih činjenica, zbog čega bi i odluka suda o zatraženoj pravozaštitnoj mjeri s obzirom na te pravne posljedice trebala biti utemeljena na takvom uvjerenju o postojanju ili nepostojanju tih činjenica koje bi isključivalo razumnu sumnju u pogledu mogućnosti postojanja nečeg drugog. Povezano s time iznose se i argumenti protiv mogućnosti da se već de lege lata kriterij pretežnije vjerojatnosti prihvati kao osnovni standard utvrđivanja materijalnopravno relevantnih činjenica u hrvatskom parničnom postupku. Konstatira se, međutim, da su iznimke od sigurnosti kao osnovnog standarda utvrđenosti činjenica i prihvaćanje kriterija vjerojatnosti u određenim slučajevima, koji su posebno elaborirani, uvjetovane odredbama koje nastupanje određenih pravnih posljedica uvjetuju nastankom specifičnih pravno relevantnih činjenica, a u nekima i prirodom pravozaštitnih mjera koje treba odrediti. Konstatira se, međutim, i da razvitak materijalnopravnog uređenja, ali i postupovnopravnog

1 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili alineje, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u popisu kratica te u tekstu kad odnosni propis bude po prvi put citiran. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku navoditi bez naznake kratice toga zakona.

koje u tome prati potrebe ovog prvog, nagovještava, osobito na nekih pravnim područjima, postupni prelazak u «novu kvalitetu», «otvaranje» prema izravnom ili posrednom prihvaćanju kriterija pretežnije vjerojatnosti. Kad je riječ o procesnopravnim odlukama, bitnija se zakonom predviđana odstupanja od navedenog osnovog standarda utvrđenosti činjenica u brojnim primjerima koji su posebno razrađeni, nastoje objasniti razlozima procesnopravnog oportuniteta i ekspeditivnosti. Naglašava se, međutim, i to se pokušava posebno obrazložiti, da je, ipak, osnovni standard određujući u onim slučajevima u kojima se donose odluke kojima se postupak procesnopravno okončava.

ključne riječi: standard utvrđenosti činjenica, sigurnost, vjerojatnost.

I. POSTAVLJANJE PROBLEMA

Utvrditi činjenice znači, primjenom dopuštenih i u konkretnom slučaju dostupnih metoda utvrđivanja činjenica, formirati o njihovu postojanju zaključak koji bi trebao odgovarati za to zahtijevanoj² mjeri (njem. *Überzeugungsmaß*) (stupnju / njem. *Überzeugungsgrad*/, standardu, razini, kvaliteti, kvantiteti) uvjerenosti, zapravo utvrđenosti. Izraz uvjerenost, naime, indicira subjektivnu dimenziju zaključka suda o postojanju neke činjenice i njemu zapravo ima mjesta onda kad se činjenice utvrđuju dokazivanjem uz primjenu slobodne ocjene dokaza; izraz utvrđenost tiče se objektivne kvalitete zaključka o postojanju neke činjenice do koje se dolazi primjenom bilo koje od mogućih metoda utvrđivanja činjenica. Zbog toga se pojam utvrđenosti ne bi podudarao s pojmom uvjerenosti. U određenim će slučajevima sudac biti dužan uzeti da je neka činjenica utvrđena, iako subjektivno neće biti uvjeren da ona postoji, odnosno neće smjeti uzeti da je utvrđena, iako bi bio uvjeren da postoji. Dakle, ako se utvrđenost i uvjerenost ne bi pododurali, bilo bi relevantno ono što je utvrđeno, odnosno, točnije, što se mora uzeti kao utvrđeno.

Budući da sud utvrđuje samo činjenice koje su učinjene predmetom utvrđivanja, on bi trebao formirati odgovarajući zaključak na zahtijevanoj razini utvrđenosti samo o postojanju ili nepostojanju tih činjenica.

U zakonodavstvima pojedinih zemalja sasvim se iznimno izrijeком propisuje mjera utvrđenosti (uvjerenosti) koja treba biti ostvarena prigodom utvrđivanja određenih činjeničnih pretpostavaka. Upravo je zato, povijesno i komparativno gledano, u doktrini, tzv. srednjoeuropskog procesnopravnog kruga bilo ponuđeno i još se uvijek nudi više različitih koncepcija za prevladavanje toga problema, koncepcija koje su imale i odgovarajućih odjeka u sudskoj praksi.

Stavovi koji su o pitanju razine utvrđenosti (uvjerenosti) u postojanje ili nepostojanje činjenica koje se utvrđuju bili zastupani u bivšem jugoslavenskom te u hrvatskom i drugim postjugoslavenskim pravima u biti slijede (uglavnom s

2 Izraz «zahtijevana mjera uvjerenosti» ovdje se koristi u smislu zakonskim normama (kad ih uopće ima) ili «sudskim pravom» (u pravilu inspiriranom doktrinom) postuliranoj mjeri uvjerenosti koja treba biti *in concreto* ostvarena da bi se smjelo zaključiti da određena činjenica postoji ili ne postoji, mjeri koja će ovisiti i o tome o kakvim će činjenicama biti riječ, koja, dakle, neće u svim slučajevima biti ista.

izvjesnim zakašnjenjem) teorijska rješenja koja su ponuđena u austrijskom i (u pravilu, posredno, preko austrijskog) njemačkom doktrinarnom krugu. Upravo će se stoga ovdje u izlaganju tih teorijskih rješenja voditi računa i o njihovoj evoluciji u austrijskoj i njemačkoj doktrini.

Prigodom teorijske obrade instituta mjere utvrđenosti postojanja ili nepostojanja činjenica u hrvatskom pravu (ali i nekim drugim postjugoslavenskim pravima, koja slijede normativna rješenja ZPP 76)³ bit će, međutim, svakako, nužno uzeti u obzir i određene specifičnosti u uređenju toga instituta u tom pravu, njegovu neposrednu zakonsku osnovu, koja se, donekle, ipak, razlikuje od austrijske i njemačke.

II. O NEKIM DOKTRINARNIM STAVOVIMA

1. O nekim stavovima u austrijskoj i njemačkoj doktrini

1.1. O nekim stavovima u austrijskoj doktrini

U austrijskoj se doktrini razmatrani problem ne postavlja općenito kao problem mjere utvrđenosti postojanja ili nepostojanja činjenica na kojima treba utemeljiti odluku o određenom pravnom pitanju, neovisno o načinu njihova utvrđivanja, već se redovito svodi na problem mjere uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje činjenica do koje treba doći na temelju slobodne ocjene dokaza.⁴ Osnova takva pristupa jest odredba § 272. stavka 1. öZPO, prema kojoj je sud dužan, ako u tom zakonu nije što drugo određeno, uzimajući brižljivo u obzir rezultate cjelokupne rasprave i izvođenja dokazivanja, prema slobodnom uvjerenju ocijeniti treba li neki činjenični navod smatrati istinitim ili neistinitim.⁵

U relativno starijoj doktrini⁶ uzimalo se da je dokaz postignut kad sudac postigne **potpuno uvjerenje** o postojanju ustvrđene činjenice ili činjenice koju treba utvrditi po službenoj dužnosti.⁷ Taj stupanj uvjerenosti (dokazna mjera) ne bi mogao

3 ZPP 76: Zakon o parničnom postupku iz 1976, SL SFRJ 4/77. Republika Hrvatska je taj zakon, uključujući i njegove novele, preuzela 1991. (NN 53/91). Preuzeti je zakon opetovano noveliran: NN 912/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, Odluka USRH br. U-1-1569/04 – NN 2/07, 98/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 28/13.

4 U tom je smislu, prema RERCHBERGER-SIMOTTA, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2009., (ZPR), 391., uvjerenost suca prava svrha postupka dokazivanja.

5 § 272, st. 1. öZPO: «(1) Das Gericht hat, sofern in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.» Ova se odredba u bitnome sadržajno podudara s odredbom § 368. stavka 1. starojugoslavenskog Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (ZSPGP 29): «Ukoliko nije ovim zakonom što drugo naređeno, ima sud, obazirući se brižljivo na rezultat celokupne rasprave i izvedenih dokaza, po slobodnom uvjerenju oceniti, da li se koji činjenični navod ima smatrati istinitim ili ne.»

6 Koja se u osnovi nadovezivala na stav koji je ROSENBERG, Beweislast, 5. izd., 1965., 181., razvio o tom pitanju. Usp. i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., koji daju širi pregled zastupnika toga shvaćanja.

7 FASCHING, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. izd., 1990., (ZPR), 433., na

biti određen prema apstraktno-logičkim ili strogo matematičkim pravilima. Morao bi, međutim, postojati takav stupanj vjerojatnosti (uvjerenosti) koji kod razumnog čovjeka koji jasno promišlja životne odnose ne bi mogao izazvati nikakvu sumnju u to da su činjenice koje se dokazuju nastale ili da nisu nastale.⁸ Starija je judikatura uzimala da je u pravilu dostatna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću (tzv. teorija uvjerenosti u istinitost; njem. *Wahrheitsüberzeugungstheorie*).⁹ Prema zastupnicima ovoga shvaćanja vjerojatnost (njem. *Wahrscheinlichkeit*) da neka činjenica postoji bila bi dovoljna kad bi neku činjenicu trebalo učiniti (samo) vjerojatnom (njem. *glaubhaft*), ali ne i za dokaz prema austrijskom pravu. Tako se konstatira da u pojedinim slučajevima materijalno pravo iznimno olakšava strankama izvođenje dokazivanja određujući da je dovoljno da obvezanik dokazivanja učini vjerojatnom neku činjenicu.¹⁰

U novijoj austrijskoj doktrini, kojoj odgovaraju i trendovi u novijoj njemačkoj doktrini, ističe se da je polazna točka izloženog «starijeg» austrijskog učenja **subjektivna teorija o dokaznoj mjeri** koja od suca traži “potpuno uvjerenje” (njem. *volle Überzeugung*) o istinitosti tvrdnji o pravno relevantnim činjenicama (teorija uvjerenosti u istinitost), iako se konstatira da to učenje priznaje i potpuno objektivne elemente sudačkog vrednovanja dokaza, koji se prije svega vide u životnom iskustvu čovjeka koji se razumije u prosječno iskustveno i znanstveno blago našeg životnog kruga.¹¹ Zastupnici novije doktrine, koja je našla odjeka i u novijoj austrijskoj sudskoj praksi, smatraju, međutim, da bi prednost trebalo dati jednom drukčijem shvaćanju koje – ne poričući subjektivne komponente stvaranja uvjerenja – polazi od **objektivne teorije o dokaznoj mjeri** i zadaću sudačkog vrednovanja dokaza od početka vidi (samo) u utvrđenju vjerojatnosti (teorija uvjerenosti u vjerojatnost; njem. *Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie*).¹² Takvi noviji teorijski pristupi polaze od

SCHWAB-a, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Festschrift Fasching, 1988., 451.

8 FASCHING, ZPR, 433., koristeći se za označavanje ove teorije izrazom koji su upotrijebili RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 3. izd., Rz 473/1 (v. i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 7. izd., 391., 392.).

9 Usp. FASCHING, ZPR, 426., 433., 434.

10 Usp. FASCHING, ZPR, 433., koji se pritom distancira od stava koji o tome zastupaju RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 3. izd., Rz 473/2., koji naginju teoriji uvjerenosti u vjerojatnost. FASCHING, ZPR, 433., uspoređujući stav koji zastupa za austrijsko pravo s procesnim porecima po kojima je dovoljna bilo vjerojatnost ili općenito pretežnost razloga koji govore za utvrđenje činjenice, ističe da bi, ako bi se htjelo izgraditi skalu stupnjeva uvjerenosti koja bi se protezala od apsolutne nemogućnosti pa sve do bezuvjetne izvjesnosti, prema kriteriju pretežnije vjerojatnosti nešto bilo dokazano kad bi bilo vjerojatnije više od 50 %, dok bi vjerojatnost koja bi graničila sa sigurnošću koja se traži prema austrijskom pravu bila dosegnuta tek onda kad bi nedostajali samo neki promili do granice od 100 %. Upozorava, međutim, da bi vrednovanje dokaza prema brojačanoj mjeri vrijednosti vjerojatnosti moglo biti pouzdano samo na uskom području čisto prirodnozastvenih-matematičkih dokaza (npr. kod utvrđivanja izvora pogrešaka na tehničkom području, vjerojatnosti nesreća, vjerojatnosti biološkog porijekla); na svim drugim područjima vrednovanja dokaza bila bi riječ u konačnici o psihološki motiviranom vrijednosnom sudu koji se ne bi mogao brojčano vrednovati.

11 RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., upućujući na FASCHING-a, ZPR, 432. 433.

12 Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., 392., i tamo navedeni zastupnici tog novijeg teorijskog pristupa.

spoznaje da se činjenično stanje u građanskom postupku ne može nikada s apsolutnom sigurnošću utvrditi, da je i sudac čovjek s ograničenim čutilnim sposobnostima opažanja i samo subjektivnim spoznajnim sposobnostima, što sve potencira okolnost da je u procesu redovito riječ o povijesnom činjeničnom stanju.¹³ Teoriji uvjerenosti u istinu prigovara se i da se odredba § 272. stavka 1. öZPO ne zadovoljava samo dokaznim sredstvima (koji mogu dati samo činjenične sudove) kao predmetom sudačkog vrednovanja dokaza, već da upućuje i na ukupno procesno događanje, zbog čega bi vrednovanje dokaza bio iskaz o istinitosti na temelju raspoloživog procesnog materijala, rezultat čega bi bila samo relativna istina. Zatim se ističe da u određenim konstelacijama činjeničnog stanja dolazi nužno do sudačkog pravnog reduciranja dokazne mjere zbog čega se uvjerenost u istinitost smatra nepotrebnim. Konačno se upozorava na to da i sam zakon nameće, propisujući dužnost obrazlaganja, kao određujuće kriterije slobodnog vrednovanja dokaza ona pravila iskustva koja sucu dopuštaju da dođe do gledišta da "utvrđene činjenice drži istinitima". Međutim, budući da zaključci iz pravila iskustva redovito daju samo sudove o vjerojatnosti, subjektivno uvjerenje suca o istini ne bi moglo biti (jedino) odlučujuće.¹⁴

I zastupnici objektivne teorije o dokaznoj mjeri ne poriču subjektivne komponente sudačkog uvjerenja jer vrednovanje dokaza uvijek ovisi o osobnoj iskustvenoj konstituciji suca. Budući da je teško naći općepriznato mjerilo vjerojatnosti koje bi bilo prikladno za sve postupovne predmete, subjektivna prosudba ima još uvijek dosta mjesta.¹⁵ Upravo se zbog toga (u izvjesnoj mjeri u kontradikciji sa startnom tezom o tome da prednost treba dati objektivnoj teoriji o dokaznoj mjeri) zaključuje da je sukob između subjektivne i objektivne teorije o dokaznoj mjeri zapravo (kao i većina drugih teorijskih sporova) besplodan.¹⁶

Prema zastupnicima teorije o uvjernosti u vjerojatnost redovnu dokaznu mjeru (njem. *Regelbeweismaß*) u austrijskom pravu ne bi činila bilo kakva vjerojatnost niti, tzv. pretežnija vjerojatnost (njem. *überwiegende Wahrscheinlichkeit*; engl. *preponderance of probabilities*). Argumenti za to se nalaze najprije u tome što se iz zakona mogu izvesti različiti stupnjevi dokazanosti, koji pretpostavljaju redovnu mjeru dokazanosti, koja se može povećavati ili smanjivati; zatim u okolnosti da zahtjevi utvrđeni u § 272. stavak 1. öZPO-a, iako ih treba reducirati na «relativnu istinu», ipak «ljestvicu postavljaju visoko». To bi, konačno, nametala i sadržajna vezanost materijalnog i procesnog prava: statuiranje elemenata činjeničnog stanja koji utemeljuju zahtjeve i zahtjevi koje radi njihova dokazivanja treba postaviti moraju stajati u određenoj relaciji.¹⁷ Stoga se uzima da bi, i kad ne bi bila potrebna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću (što bi značilo povišenje dokazne mjere), vjerojatnosti koja

13 RECHBERGER u FASCHING, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. izd., 3. tom, 2004., (cit. RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3.), 556.

14 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 556, 557.

15 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; V. i KLIČKA, Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, 1994., 24. i slj.

16 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; V. i KLIČKA, op. cit., i slj.

17 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557., pozivajući se na LEIPOLD-a, Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß, Nakamura Festschrift, 1996., 312. i slj.

je potrebna radi dokazivanja trebalo postaviti u pravilu visoke zahtjeve.¹⁸ Takvo je gledište, tvrdi se, prihvaćeno i u novijoj austrijskoj sudskoj praksi.¹⁹

Budući da „visoka vjerojatnost“ ne predstavlja nikakvu objektivnu veličinu, takvo bi redovno pravilo o dokaznoj mjeri uključivalo izvjesnu širinu. Stoga bi, smatra se, nedvojbeno kako o objektivnim okolnostima slučaja koji je dao povoda tako i o subjektivnom vrednovanju suca ovisilo kada bi on uzeo da je ta „visoka“ vjerojatnost postignuta. Utoliko bi se moglo govoriti o jednoj „fleksibilnoj dokaznoj mjeri“, koja se, međutim, ne bi trebala shvatiti u smislu teorije o fleksibilnoj dokaznoj mjeri (koju je razvio Gottwald)²⁰ prema kojoj bi dolazio u obzir svaki stupanj vjerojatnosti koji bi bio primjeren povodu, a koju bi teoriju trebalo razumjeti u vezi s njezinom polaznom točkom, naime „teorijom o uvjerenosti u istinitost“, jer se samo iz subjektivne uvjerenosti suca o stupnju vjerojatnosti dokazne mjere može zapravo dobiti malo. Upravo se stoga primjećuje da je za Gottwalda pojam uvjerenosti neutralan i ne implicira nikakvu visoku mjeru vjerojatnosti.²¹

U austrijskom su pravu različiti stupnjevi dokazne mjere utvrđeni djelomično zakonski, a djelomično i tzv. sudskim pravom (njem. *richterrechtlich*). Kao školski se primjer u tom smislu ističu (u austrijskom pravu nakon novog Zakona o izvanparničnom postupku iz 2003. u cijelosti u domeni izvanparnične jurisdikcije) postupci o utvrđivanju odnosno osporavanju očinstva djeteta, za koje su u sudskoj praksi za dokazivanje protivno predmnjevi o očinstvu djeteta rođenog u braku razvijeni potpuno različiti zahtjevi. Utvrđenje „da dijete ne potječe od bračnog druga njegove majke“ pretpostavlja prema sudskoj praksi dokaz „nemogućnosti ili nevjerojatnosti koja graniči s izvjesnošću da dijete nije začeto od muža majke“ (povišenje dokazne mjere; njem. *Beweismaßerhöhung*). Tome nasuprot predmnjeva bi se (izvanbračnog - § 163/2. ABGB) očinstva mogla osporiti ne samo dokazom „jedne takve nevjerojatnosti očinstva“ koja bi uz vrednovanje svih okolnosti govorila protiv stava da je muškarac začeo dijete, već i dokazom da je to očinstvo manje vjerojatno nego očinstvo nekog drugog muškarca za koga predmnjeva jednako vrijedi. Stoga bi u slučaju u kojemu bi dva muškarca ili više njih dolazila u obzir kao očevi djeteta bila odlučujuća pretežnija (ne)vjerojatnost očinstva (reduciranje dokazne mjere; njem. *Beweismaßreduzierung*), a, tome nasuprot, kad bi se predmnjeva o izvanbračnom očinstvu ticala samo jednog muškarca, tražila bi se nevjerojatnost koja bi uz vrednovanje svih okolnosti govorila protiv stava da je on začeo dijete (opće pravilo). Smatra se da bi te razlike u pogledu tražene dokazne mjere upućivale na vezu s materijalnim pravom i okolnošću da ono vodi računa o pravičnosti: izvanbračnom bi djetetu trebalo maksimalno olakšati da dođe do oca. Stoga bi između više muškaraca koji dolaze u obzir kao očevi ocem trebalo utvrditi onoga čije je očinstvo najvjerojatnije; obrnuto, bračno dijete ne bi smjelo tako lako izgubiti oca pa bi zato postupak osporavanja smio tek onda uspjeti

18 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; KLIČKA, Beweislastverteilung, 30 i slj.

19 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.

20 GOTTWALD, Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß, Festschrift für Heinrich, 2000., 165.; *idem.*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979., 200. i slj.; v. i RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557. Ovaj stav Gottwald zastupa i u knjizi ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 2010., (ZPR), 635., 634.

21 Usp. RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558.

kad bi se nedvojbeno utvrdilo da ne postoji.²²

Kao slučajevi reduciranja dokazne mjere navode se određena rješenja iz propisa o zaštiti potrošača i o ostvarivanju nekih socijalnih prava, zatim institute, tzv. *prima facie* dokaza (njem. *Anscheinsbeweis*), sudačkog odmjeravanja naknade štete, utvrđivanja iznosa neke druge tražbine (§ 273/1. öZPO) ili donošenja odluke o nekom zahtjevu prema slobodnom uvjerenju (§ 273/2 öZPO), ali uvijek i u slučajevima u kojima se Zakon izrijeком zadovoljava vjerojatnošću (njem. *Glaubhaftmachung*, *Bescheinigung* - § 274. öZPO). Pritom se uzima da bi u slučajevima u kojima se traži samo vjerojatnost bila riječ o tzv. pretežnijoj vjerojatnosti.²³ Takva bi vjerojatnost bila dopuštena samo u slučajevima za koje je izrijeком predviđena;²⁴ bila bi uvijek riječ o utvrđivanju činjenica o procesnim prethodnim pitanjima, procesnim međupostupcima i provizornim odlukama, npr. razloga za izuzeće, za odgodu ročišta, za povrat u prijašnje stanje, za osiguranje dokaza, opasnosti kod ovrhe radi osiguranja tražbine i opasnost kod privremenih mjera.²⁵

1.2. O nekim stavovima u njemačkoj doktrini

U njemačkoj doktrini prevladava stajalište o mjerodavnosti subjektivne mjere za utvrđivanje istinitosti. S aspekta vladajućeg se stajališta u vezi s tzv. objektivnom teorijom konstatira da ona polazi samo od postignutog objektivnog sadržaja vjerojatnosti mogućeg dokaznog zaključka: ako je zakonska mjera postignuta, sudac će biti "uvjeren", pri čemu njegova subjektivna sigurnost nije bitna. Zbog toga, prema zastupnicima prevladavajućeg stajališta, treba inzistirati na nužnosti subjektivne uvjerenosti. Naime, u određenim se slučajevima može dokazna vrijednost indicija provjeriti gotovo matematičkim izračunom vjerojatnosti. U najvećem broju slučajeva, međutim, nije moguće postići sigurnost dokaznog rezultata. Mogući pokušaji dovode do puke prividne točnosti. Vladajuće se mišljenje stoga drži čvrsto subjektivne mjere za utvrđivanje istinitosti. Osnova i pomoćna sredstva stvaranja uvjerenosti su i ovdje objektivno prosuđivanje vjerojatnosti uz poštovanje pravila mišljenja i iskustva pomoću kontrole formiranja uvjerenosti od strane razumnog trećeg. Zbog toga se sudac smije zadovoljiti jednim za praktični život uporabljivim stupnjem sigurnosti, koji otklanja dvojbe, ne isključujući ih potpuno.²⁶

Konstatira se i da prema vladajućem mišljenju potreban stupanj sigurnosti odgovara (vrlo) visokom stupnju vjerojatnosti koje je postavljeno zakonskim pravilom o dokaznoj mjeri iz § 286. dZPO.²⁷ To mišljenje vodi računa o grupama

22 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558. Treba primijetiti da ovdje ne bi bilo toliko govora o pravičnosti, već o rješenju koje bi polazilo od socijalno-ekonomskog i pravopolitičkog oportuniteta.

23 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558., 559.

24 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 559., 625.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 393.

25 FASCHING, ZPR, 429.; RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 624., 625.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 393.

26 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 634., i tamo citirana literatura.

27 Prema odredbi § 286. stavka 1. dZPO-a, sud je dužan, uzimajući u obzir ukupni sadržaj raspravljanja i rezultate mogućeg izvođenja dokazivanja, prema slobodnom uvjerenju odlučiti hoće li se neka činjenična tvrdnja smatrati istinitom ili neistinitom. U presudi se trebaju dati

slučajeva s tipičnim teškoćama u dokazivanju, kod kojih se jedan takav visoki stupanj sigurnosti ne može postići, olakšavajući dokazivanje u tim slučajevima. Pored toga dokazna se mjera posebnim zakonskim pravilima ili sudskim pravom (kao kod *prima facie* kauzaliteta) smanjuje na pretežniju vjerojatnost.²⁸ Upravo se stoga otklanja i stav zastupan i s aspekta njemačkog prava da bi, po uzoru na rješenja iz *common law* sustava, pretežnija vjerojatnost u građanskim stvarima bila opća dokazna mjera, i to stoga što se vladajuće mišljenje plaši da bi posljedica toga bila prekomjerno povećanje odgovornosti.²⁹

Gottwald, uspoređujući rezultate objektivnog i subjektivnog pristupa, dolazi do zaključka da između njih praktički zapravo nema (iako je to opetovano osporeno) nikakve razlike. Naime, budući da u pravilu nedostaju sredstva kojima bi se u pojedinim slučajevima izmjerila vjerojatnost, stvar bi se svodila na formiranje uvjerenja jednog razumnog presuđivača. U graničnim bi slučajevima odlučivala subjektivna ocjena suca. Stoga se uzima da Zakon zapravo predviđa pojedina olakšanja dokazivanja, ali da nije utvrdio nikakvo redovno pravilo o dokaznoj mjeri, već da prepušta sucu da svoje uvjerenje različito formira prema značenju činjenica, teškoćama u dokazivanju i drugim, također materijalnim okolnostima, odnosno da dokaznu mjeru postavi na odgovarajući način. Stoga bi zapravo vrijedilo fleksibilno mjerilo koje bi prema kriterijima, tzv. sudskog prava bilo pragmatično stupnjevano. U tim je okvirima, ističe se, odlučujuće da sudac može formirati svoje uvjerenje.³⁰

1.3. Kritika

Stavovi „objektivista“, autora koji zastupaju, tzv. teoriju uvjerenosti u vjerojatnost, koji općim standardom uvjerenosti proglašavaju visoki stupanj vjerojatnosti otvaraju svojim „realizmom“ put daljnjem snižavanju zahtjeva koji bi se postavljali u ime toga standarda. Naime, „objektivisti“ u svojoj kritici „subjektivista“ u prezentaciji njihove koncepcije polaze od toga da prema subjektivistima sudac mora subjektivno doći do sigurnosti uvjerenja, da je bitno njegovo osobno uvjerenje, potiskujući pritom u bitnome u drugi plan, premda ih ne isključujući, objektivizirane zahtjeve koje pojedini subjektivisti postavljaju prigodom definiranja kriterija za isključenje razumne sumnje, kojima se u osnovi relativizira i objektivizira osobno uvjerenje suca. Međutim, ni „objektivisti“ ne mogu izbjeći subjektivne momente u definiranju svoje teorije jer i oni traže visoku vjerojatnost koja nije ništa drugo nego nešto niži stupanj subjektivnog uvjerenja od sigurnosti. Naime, i kod teorije uvjerenosti u istinitost i kod teorije uvjerenosti u vjerojatnost riječ je o osobnom uvjerenju suca, s time da bi kod prve teorije to bilo uvjerenje u istinitost utvrđenja, kod druge uvjerenje u visoku vjerojatnost istinitosti utvrđenja. Na načelnoj razini, međutim, razlike u kvaliteti tih uvjerenosti ne bi bile samo subjektivne već i objektivne, jer se objektivisti zapravo zadovoljavaju (nešto) nižom razinom subjektivne uvjerenosti.³¹ Objektivistima bi se

razlozi koji su doveli do sudačkog uvjerenja.

28 ROSENBERG-SHWAB-GOTTWALD, ZPR, 634.

29 ROSENBERG-SHWAB-GOTTWALD, ZPR, 635.

30 ROSENBERG-SHWAB-GOTTWALD, ZPR, 635.

31 Time bi stavovi objektivista otvarali put snižavanju standarda uvjerenosti u postojanje objekta

moglo prigovoriti da prigodom prezentiranja onoga što čini bit stava subjektivistu stavljaju u drugi plan da i subjektivisti, s jedne strane, uvažavaju okolnost da se, tzv. objektivna istina teško može spoznati, da i oni, kad govore o uvjerenju suca, misle na uvjerenje o postojanju visokog stupnja vjerojatnosti koja graniči s izvjesnošću, dok, s druge strane, objektiviziraju svoju teoriju inzistiranjem na kriteriju isključenja razumne (standardizirane i time objektivizirane) sumnje u pravilnost uvjerenja. Objektivistima bi se moglo prigovoriti i da su konfundirali objektivni odnos sadržaja uvjerenja i stvarnosti (nužna ograničenost na vjerojatnost podudarnosti) sa subjektivnom razinom uvjerenja (uvjerenost u visoku vjerojatnost umjesto uvjerenost u istinitost kao također uvjerenost u, u pravilu, visoki ili nešto viši stupanj vjerojatnosti). Zato se zastupnici i jedne i druge koncepcije približavaju zajedničkom stavu da su razlike između njih teorijske, a ne praktične (v. *supra ad* 1., 2.). I objektivisti moraju pristati na to da je visoka vjerojatnost za koju se opredjeljuju zapravo subjektivna.

Gottwaldova koncepcija, prema kojoj je zapravo sucu prepušteno da svoje uvjerenje različito formira prema značenju činjenica, teškoćama u dokazivanju i drugim, također materijalnim okolnostima, odnosno da dokaznu mjeru postavi na odgovarajući način, zbog čega bi zapravo vrijedilo fleksibilno mjerilo koje bi prema kriterijima, tzv. sudskog prava bilo pragmatično stupnjevano: na dogmatskoj se razini s aspekta hrvatskoga prava ne bi mogla prihvatiti s obzirom na određeno postavljene zahtjev o tome da razina uvjerenosti (u pravilu) treba korespondirati sigurnosti (*arg. ex* 221.a, v. *infra ad* III.1.-3.), čime se u načelu (dakle, osim u slučajevima za koje je izrijekom predviđenim drukčije) isključuje mogućnost fleksibiliziranja kriterija za utvrđivanje potrebne dokazne mjere, primjerenje tih kriterija specifičnostima određenih sporova. Ona se ne bi smjela prihvatiti ni iz pragmatičnih razloga jer bi mogla poslužiti kao poticaj za uvođenje prakse “nepodnošljive lakoće” u dosezanju potrebne mjere uvjerenosti. Ona je, međutim, svakako realistična i za njezino bi se opravdanje štoviše mogli naći i vrlo ozbiljni argumenti već *de lege lata*. Pristajanje na tu teoriju zahtijevalo bi ipak jednu višu razinu osposobljenosti i odgovornosti onih koji sudjeluju u suđenju, razinu za koju bi se moglo uzeti da još uvijek u hrvatskoj pravosudnoj zajednici nije dosegnuta.

2. O nekim stavovima u jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj doktrini

2.1. Uvodne napomene

Kad je riječ o stajalištima koja su izražena o problemu mjere utvrđenosti, dokazanosti u bivšoj jugoslavenskoj i pojedinim postjugoslavenskim doktrinama, među njima i hrvatskoj, treba svakako upozoriti na starija, tradicionalističkije orijentirana stajališta jugoslavenske teorije građanskog procesnog prava i njihove zastupnike Juharta, Poznića, Trive i Udeta, a od novijih na stajališta Uzelca i Zobeca.

utvrđivanja, zapravo nagovještavali mogućnost (i možda potrebu) prihvatanja pretežnije vjerojatnosti kao osnovnog standarda uvjerenosti (utvrđenosti).

2.2. Juhart

Juhart, primjereno vremenu objave svoga sustava (1961.), pri zauzimanju i razvijanju svojih stavova o mjeri dokazanosti (utvrđenosti) činjenica u parničnom postupku polazi od načela materijalne istine. Po njemu bi materijalna istina bila potpuna podudarnost našeg zaključka ili predodžbe s proteklim događajima ili sa sadašnjim stanjem nekog predmeta. Ona bi bila subjektivna slika objektivne stvarnosti koja nastaje u svijesti čovjeka koji opaža. Svijest bi bilo moguće izraziti govorom. Ako bi izjava bila u skladu sa slikom, a slika s događajem ili s pojavom vanjskog svijeta, bila bi i subjektivno i objektivno istinita. Ako bi izjava bila u skladu sa slikom (predodžbom), a slika se ne bi slagala s događajem, izjava bi bila subjektivno istinita, a objektivno neistinita. Izjava koja ne bi bila u skladu s predodžbom bila bi subjektivno neistinita, ali bi mogla biti objektivno istinita ili neistinita.³²

Prema stupnju podudarnosti predodžbe s činjenicama, Juhart razlikuje između izvjesnosti (slov. *gotovosti*), uvjerenosti (slov. *prepričanosti*) i vjerojatnosti. Izvjesnost bi bila najviši stupanj intenzivnosti svijesti o istini, odnosno podudarnosti predodžbe s činjenicama. Postojala bi kad bi bila isključena svaka mogućnost sumnje. Taj se stupanj istine, kaže Juhart, naziva apsolutna istina jer postoji apsolutna, bezuvjetna podudarnost subjektivne slike s objektivnom stvarnošću, jer je predodžba do pojedinosti kopija događaja. Ona je najčešće moguća onda kad sudac neposredno spoznaje svojim čutilima (uviđaj) sadašnje stanje nekog predmeta. Subjektivna bi slika bila kopija onoga što sudac opaža. Sudac bi, ipak, u tom slučaju dopuštao protutvrđnje, ali ne i protudokaze o tom stanju.³³ S time u vezi konstatira da Zakon ne zahtijeva da bi sud morao doseći apsolutnu istinu jer bi put do te istine bio pretežak. Zato se Zakon za potrebe građanske parnice zadovoljava nižim stupnjem podudarnosti predodžbe s činjenicama. Pritom Zakon ne bi stajao na stajalištu agnosticizma po kojemu se istina s našim današnjim i uopće čovjeku dostupnim sredstvima ne može i neće moći spoznati. Tome nasuprot, prema znanosti materijalističke je filozofije istinu moguće spoznati u svakom prirodnom obliku pa i u društvenim odnosima.³⁴

Uvjerенost bi bio takav visoki stupanj istinitosti (podudarnosti predodžbe s činjenicama) da o njoj ne bi dvojio niti jedan razuman u životnim odnosima iskusan čovjek. U usporedbi s izvjesnošću uvjerenost bi bila niži stupanj istine. Na uvjerenost se moramo osloniti onda kad se činjenice nisu neposredno opažale, već se do zaključka o istini došlo na temelju dokazivanja. Protiv izvjesnosti se ne dopušta protudokaz, dok bi protiv uvjerenosti takav dokaz bio moguć.³⁵

U građanskoj parnici se dokazuje ili sadašnje stanje predmeta ili povijesni događaji. Potpuna bi se izvjesnost o istini mogla dobiti o sadašnjem stanju predmeta. O proteklim događajima bi u građanskoj parnici bilo dovoljno uvjerenost. Zato se s time u vezi govori o historijskom dokazu i historijskoj istini.³⁶

U životu, smatra Juhart, uzimamo kao istinito ono što odgovara prirodnom

32 JUHART, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, 1961., (CPP), 52., 53.

33 CPP, 53.

34 CPP, 53.

35 CPP, 53.

36 CPP, 53.

tijeku stvari u njihovoj prirodnoj vezi. Kako sve čovjekove odluke vodi visoki stupanj vjerojatnosti, tako mora suci u građanskoj parnici biti dovoljan taj visoki stupanj istine, bez obzira na to što je svijetu neispravnih mogućnosti protivno uvijek moguće. Zato je materijalna istina, zaključuje Juhart, u građanskoj parnici zakonska recepcija onoga što ljudi uzimaju u redovnom životu kao istinito. U parnici bi takav visoki stupanj uvjerenosti o istinitosti (uvjerenost) bio potreban kad se utvrđuju pravnogenerativne činjenice materijalnog prava, osim kad Zakon drukčije izrijekom dopušta.³⁷

Vjerojatnost ili obična mogućnost bila bi najniži stupanj podudarnosti predodžbe o činjenicama. To bi bila mogućnost da se naše predodžbe o činjenicama podudaraju s istinitim stanjem vanjskoga svijeta. O vjerojatnosti bi se moglo govoriti tada kad bi razlozi za istinitost bili jači i brojniji nego razlozi koji bi govorili za neistinitost. Sudac bi smio činjenice materijalnog prava uzeti kao istinite samo ako bi o tome imao potpuno uvjerenje. Vjerojatnost bi bila dostatna iznimno (pravno pravilo § 1293. OGZ).³⁸ Kod izgubljene dobiti bi se radilo o vjerojatno očekivanom prihodu. U parnici se zato neće zahtijevati potpuni dokaz (uvjerenost) već vjerojatnost. Upozorava, međutim, da uzanca br. 231.³⁹ govori o izvjesnosti, ali konstatira da po prirodi stvari tu ni na koji način ne bi bilo moguće zahtijevati izvjesnost. Vjerojatnost bi, međutim, bila dovoljna za dokazivanje brojnih činjeničnih stanja procesnog prava.⁴⁰

Sumnja (dvojba) (slov. *dvom*) postojala bi onda kad su razlozi koji govore za istinitost ili neistinitost neke činjenice u ravnoteži.⁴¹

Na temelju usporedbe izvjesnosti, uvjerenosti i vjerojatnosti Juhart zaključuje da između njih nema kvalitativne već kvantitativne razlike, pri čemu bi se svijest o istini odnosno podudarnost predodžbe s činjenicama javljala s različitim intenzitetom. Procesna se zakonodavstva često zadovoljavaju već s uvjerenjem ili vjerojatnošću.⁴²

Juhart prema stupnju sukladnosti predodžbe s objektivnom stvarnošću razlikuje i strogi dokaz od utvrđenja vjerojatnosti. Strogi dokaz ili dokaz u užem smislu (*probatio plena*) bio bi dokaz koji bi sud trebao potpuno uvjeriti u istinitost ili neistinitost tvrdnje. U građanskoj bi se parnici istinitim smatralo ono što se i u životu prema redovnom tijeku stvari smatra takvim. Ne bi bila dovoljna vjerojatnost ili puka mogućnost da je neka tvrdnja istinita. Morao bi predležati tako visoki stupanj vjerojatnosti da nitko tko ima iskustva u životnim odnosima ne bi dvojio o istinitosti.⁴³

Vjerojatnost⁴⁴ (*probatio semiplena*) bila bi niži stupanj predodžbe o istini. Razliku između strogog dokaza i vjerojatnosti Juhart vidi prije svega u stupnju

37 CPP, 53., 54.

38 Opći austrijski građanski zakonik.

39 Tu autor aludira na Opće uzance za promet robom.

40 CPP, 54.

41 CPP, 54.

42 CPP, 54. Moglo bi se primijetiti da bi stav o samo kvantitativnoj razlici između navedenih stupnjeva utvrđenosti zanemarivao, s jedne strane, zakon «materijalističke dijalektike» (kao elementa materijalističke filozofije od čijih zasada, što je bilo primjereno vremenu objave djela, kao da autor polazi) da kvantiteta prelazi u kvalitetu, a s druge strane nužnost da sudac različite razine svoga uvjerenja treba subjektivno doživljavati kao bitne razlike u kvaliteti.

43 CPP, 348.

44 Juhart izraze «*verjatnost ali posvedočenje*» sinonimski koristi izgleda u smislu izraza *Glaubhaftmachung* i *Bescheinigung* iz § 274. öZPO.

podudarnosti predodžbe s objektivnom stvarnošću, u njezinu intenzitetu. Daljnja bi razlika bila u tome što su predmet strogog dokaza činjenična stanja materijalnog prava, a vjerojatnosti činjenična stanja procesnog prava. Pritom, zato što su pravila procesnog prava većinom prisilnoga karaktera, sud ne može biti vezan uz one dokaze koje je za dokazivanje vjerojatnosti predložile stranka, već bi po službenoj dužnosti trebao utvrditi postoji li zaista ustvrđeno činjenično stanje. Stranka koja bi morala činjenice učiniti vjerojatnima, morala bi navesti te činjenice i ponuditi za njih toliko dokaza da bi sud stekao potrebni niži stupanj uvjerenosti koji se naziva vjerojatnošću.⁴⁵

Konstatiravši da ZPP 56 ne govori izrijeком o vjerojatnosti, Juhart smatra da tom zakonu ta institucija nije potpuno tuđa. Smatra da se s aspekta pozitivnog prava treba u pogledu strogog dokaza i utvrđivanja vjerojatnosti držati ovih pravila: kad treba utvrditi pravnogenerativne činjenice materijalnog prava, osim u onim slučajevima u kojima se to pravo samo zadovoljava vjerojatnošću (§ 1293. OGZ); za dokazivanje činjeničnog stanja procesnog prava bila bi, u pravilu, dovoljna vjerojatnost. Tako stranka mora u prijedlogu za izuzeće suca navesti okolnosti na kojima temelji svoj prijedlog. Pritom bi opće pravilo bilo da stranka mora ako nešto traži, navesti činjenice na kojima temelji zahtjeve i dokaze kad je to potrebno (95/3. ZPP 56., 106/4. ZPP 76). Upozorava, međutim, da Zakon poznaje i slučajeve u kojima dokaze ne treba navesti kad se nešto traži, već da to eventualno treba učiniti naknadno ako se za time ukaže potreba. Tako bi sud mogao odlučiti o zahtjevu za izuzeće već na temelju okolnosti koje je stranka navela. Ako se pak sud ne bi moglo osloniti samo na ustvrđene okolnosti, tražilo bi se od stranke da predloži dokaze ili da ih sama pribavi.⁴⁶ U te slučajeve svrstava i slučajeve u kojima se donošenje određenih procesnih odluka uvjetuje utvrđenjem postojanja opravdanih razloga, npr. za produženje rokova, odgodu ročišta i povrat u prijašnje stanje. To bi bile okolnosti koje bi mogle biti takva karaktera da i bez dokazivanja pobude kod suca, ako ne potpuno, onda bar niži stupanj vjerojatnosti. Zakon ne traži da stranka dokaže te okolnosti, pa bi sud mogao odlučiti na temelju samih tvrdnji jer je predodžba o istinitosti moguća već na temelju njih. To bi vrijedilo i u svim onim slučajevima u kojima zakon određuje da stranka mora dokazati interes, npr. za pregled spisa, intervencijski interes, pravni interes za utvrđenje, opravdanu bojazan za osiguranje.⁴⁷

Zaključuje da bi sud imao pri utvrđivanju procesnih činjenica široku mogućnost slobodnog promišljanja i odlučivanja. Smatra, ipak, nedostatkom Zakona to što u njemu nije navedeno u kojim bi se slučajevima zahtijevao strogi dokaz i za procesnopravna činjenična stanja, što bi imalo za posljedicu veliku nesigurnost u suđenju jer bi jedan sud mogao tražiti strogi dokaz za to činjenično stanje, dok bi se drugi možda zadovoljio vjerojatnošću.⁴⁸

45 CPP, 348. Pozivajući se na rješenja iz “predratnog prava” (ZSPGP 29.), Juhart i za sustav prema ZPP 56 zastupa stav da saslušanje stranaka ne bi bilo dopušteno za dokazivanje vjerojatnosti te da dokazi kojima bi se ona dokazivala moraju biti likvidni.

46 CPP, 348.

47 CPP, 349.

48 CPP, 349.

2.3. Poznić

Poznić razlikuje dva stupnja dokazanosti – uvjerenje u istinitost i dovođenje do vjerojatnosti. Naime, činjenicu koja je bila predmet dokazivanja sud uzima u pogledu svoje odluke ako bude dokazana. Ovo svojstvo može imati dva stupnja intenziteta. Viši stupanj predstavlja uvjerenje (“ubeđenje”) suda da je tvrdnja u povodu koje je dokazivanje izvedeno istinita. Za postojanje tog stupnja nije potrebna izvjesnost kojom se isključuje svaka mogućnost suprotnog. Bio bi dovoljan onaj stupanj vjerojatnosti kojim se otklanja svaka razumna sumnja. Uvjerenje u istinitost mora kod suda postojati da bi se uzela kao dokazana činjenica koja je sama od značaja za meritornu odluku ili je dokazivana kao indicija. Taj intenzitet dokazanosti mora biti dostignut, po pravilu, u pogledu procesne pretpostavke kad se postavi pitanje je li postignuta. Smatra se da taj smisao Zakon pridaje tom pojmu u odredbi o slobodnoj ocjeni dokaza (8.).⁴⁹

Niži stupanj dokazanosti postiže se dovođenjem do obične vjerojatnosti. Za ovaj je stupanj dovoljno da kod suda preteže dojam da je postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja moguće, tj. da ima više argumenata za postojanje određenih činjenica, nego protiv. Takvo je dokazivanje iznimno. Iako je u zakonskom tekstu teško naći za to oslonac, ipak se uzima da je i po današnjem pravu dovoljno da se činjenice od kojih zavisi odluka suda o osnovanosti nekih procesnih predloga učini samo vjerojatnim. U prilog tome govori to što bi u takvim situacijama dokazivanje radi stvaranja uvjerenja u istinitost zadržavalo razvoj postupka. Tako bi taj kriterij vrijedio za postojanje razloga za izuzeće, za produženje sudskog roka, za odgodu ročišta, za povrat u prijašnje stanje, za osiguranje dokaza, za dostavu pribijanjem pismena na oglasnu ploču suda, za uskratu svjedočenja, za postojanje interesa trećeg da razmatra i prepisuje spise, za činjenicu da se isprava na koju se stranka poziva nalazi kod protivne stranke ili treće osobe, za postojanje opasnosti kojim se obrazlaže prijedlog za izdavanje privremenih mjera. Po vladajućem mišljenju i činjenice o kojima ovisi postojanje procesnih pretpostavaka dovoljno je učiniti vjerojatnim. Međutim, činjenice od kojih zavisi dokazivanje procesnih smetnji koje dovode do odbacivanja tužbe morale bi biti utvrđene s uvjerenjem u njihovu istinitost.⁵⁰

Razlika između navedena dva stupnja dokazanosti ogledala bi se, prema Pozniću, i u tome što se za dovođenje do vjerovatnosti može upotrebiti svaki izvor saznanja, dakle ne samo dokazno sredstvo predviđeno Zakonom. Upozorava da je prema ZSPGP 29 bila propisana samo jedna iznimka od tog pravila – nije bilo dopušteno izvođenje dokaza saslušanjem stranaka. To bi odstupanje po njemu bilo prihvatljivo i za današnje pravo, ali ga sudska praksa nije prihvatila. Smatra da ne bi bilo pogodno ni dokazivanje koje se ne bi moglo odmah izvesti da se neka činjenica učini vjerovatnom. U tom bi smislu bilo nesvrhovito saslušati svjedoka koga bi tek trebalo pozvati. Sličan stav zauzima i u pogledu isprava koje se ne bi moglo odmah podnijeti, koje bi tek trebalo pribaviti. Mišljenja je da u slučajevima u kojima bi se dokaz izvodio zato da bi se neka okolnost učinila vjerojatnom, sud ne bi bio vezan

49 POZNIĆ, B. – RAKIĆ-VODINELIĆ, V., *Gradansko procesno pravo*, 1999., (POZNIĆ-RAKIĆ, GPP), 310., 311.

50 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 311.

odredbama o formi koja mora biti poštovana. Konačno, za taj stupanj dokazanosti ne bi bilo potrebno obrazloženje – bilo bi dovoljno da se sud pozove na sredstvo saznanja iz kojega je izveo zaključak o vjerojatnosti.⁵¹

Poznić se posebno osvrće na gledište (Blagojević, Načela, 331., Juhart, CPP, 53.) po kojemu intenzitet istine u postupku ima tri stupnja. Najniži bi bio dovodenje do obične vjerojatnosti. Viši stupnj bi bio uvjerenje da su činjenice koje su se dogodile u prošlosti istinite (istorijska istina). Do ovog stupnja uvjerenja sudac bi dolazio ocjenom dokaza. Drugim rječima, on bi svoje saznanje crpio iz isprava, ili iz iskaza svjedoka, vještaka, ili stranaka. Ovakav put do istine bio bi utoliko posredan što sud ne bi dolazio do uvjerenja osobnim opažanjem, nego ocjenom građe dobivene upotrebom navedenih dokaza. Uslijed toga ne bi bila isključena mogućnost da sučevo uvjerenje ne odgovara stvarnom stanju. Treći najviši stupanj istine bila bi izvjesnost do koje sud dolazi osobnim opažanjem (uviđaj), pri kojemu se ocjena dokaza s obzirom na prirodu dokaznog sredstva ne bi mogla zamisliti. Upotrebom tog sredstva postojanje bi činjenica bilo dovedeno do svoje evidentnosti, tako da je mogućnost postojanja drukčijeg stvarnog stanja sasvim isključena. Dosljedno tome protudokaz ne bi bio dopušten. U vezi s tim gledištem Poznić konstatira da je točno da je neposredno čulno opažanje od strane suca nespojivo s pojmom ocjene dokaza. Otuda je razumljivo da sud neće dopustiti protudokaz o činjenici o kojoj je stekao saznanje uviđajem, ali smatra da time nije rečeno da se postojanje te činjenice ne može žalbom osporiti. Ako netočno može biti čulno opažanje svjedoka – čak i onog koji je događaju prisustvovao kao *testis rogatus* – nije jasno zašto članovi vijeća ne bi mogli pogriješiti pri svom čulnom opažanju. Činjenično stanje, zasnovano na uviđaju, ne bi, dakle, bilo neizmjenjivo. Smatra da se suprotno stajalište ne može izvesti ni iz Zakona te zaključuje da ta konstatacija umanjuje pravnodogmatsko značenje razlikovanja između istine do koje bi sud došao ocjenom dokaza i istine koju bi utvrdio neposrednim čulnim opažanjem. Po njemu bi se ta dva stupnja svodila na jedan.⁵²

2.4. Triva

Triva⁵³ razlikuju dvije razine kvalitete uvjerenosti suda u postojanje ili nepostojanje činjenica koje treba utvrditi – izvjesnost i vjerojatnost, povezujući te kvalitete s utvrđivanjem činjenica dokazivanjem. Izvjesnost definira kao uvjerenje suda o relevantnoj činjenici (o njezinoj egzistenciji i sadržaju, odnosno o tome da je nema) koje je takvo da **isključuje svaku razumnu sumnju u njegovu pravilnost i istinitost**⁵⁴ - u tom bi slučaju teza koju je trebalo provjeriti bila **potpuno dokazana**. **Vjerojatnost**, pak, definira kao stupanj uvjerenja koje bi postojalo kad ima **više argumenata koji govore u prilog uvjerenju o postojanju relevantne činjenice nego onih koji govore protiv**. Ipak, ta se definicija relativizira tezom da stupanj

51 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 311., 312.

52 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 312.

53 TRIVA-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., (GPPP), 480., 481.

54 Triva zapravo ovdje ostavlja otvorenim pitanje kriterija za utvrđivanje razumne sumnje – je li to razumna sumnja svakog prosječnog čovjeka, razumna sumnja pripadnika pravosudne zajednice, sudske zajednice. To čini se vrijedi i za Poznića (v. *supra ad 2.*).

vjerojatnosti izražen odnosom povoljnih i nepovoljnih razloga ne mora biti uvijek jednak. Njegova bi intenzivnost trebala rasti u razmjeru s važnošću radnja koje treba poduzeti, s obzirom na stadij postupka u kojemu se o određenom procesnom pitanju raspravlja i odlučuje te s obzirom na težinu procesnopравnih posljedica koje se nadovezuju na utvrđenje da određene činjenice postoje ili da ih nema. Tako bi, npr., pri utvrđivanju činjenica koje su relevantne za postojanje, tzv. negativnih procesnih pretpostavaka te drugih činjenica o kojima ovisi odluka o odbacivanju istaknutog zahtjeva trebalo postići stupanj izvjesnosti uvjerenja o njihovu postojanju. Dok bi sudu trebalo dopustiti da već na uvjerenju o blagom stupnju vjerojatnosti zasniva svoju konkludentno izraženu odluku o postojanju pretpostavaka za nastavak postupka (do dokaza o protivnom), trebalo bi da taj isti sud gradi svoju odluku o prigovoru stranke upravljenom na osporavanje određenih procesnih pretpostavaka na uvjerenju o višem, a ponekad i visokom stupnju vjerojatnosti da određene činjenice postoje ili da ih nema.

Triva zapravo i sam relativizira određenje pojma vjerojatnosti. U startu ga definira kao pretežniju vjerojatnost da bi onda dopustio i stupnjeve uvjerenosti koji su vrlo blagi, a koje također naziva vjerojatnošću.

Triva smatra da se zahtjev da sud, uz rezerve uvjetovane relativnošću spoznajnih mogućnosti, formira izvjesne sudove može prihvatiti u odnosu na činjenice o kojima ovisi odluka o osnovanosti tužbenog zahtjeva do koje sud dolazi uz primjenu mjerodavnog **materijalnog** prava (osim kad se sam materijalnopравni propis zadovoljava vjerojatnošću), a da bi se teško mogao prihvatiti u odnosu na sve činjenice od čijeg postojanja zavisi dopustivost provođenja postupka, poduzimanja pojedine parnične radnje ili odlučivanje o nekom procesnom zahtjevu, dakle u odnosu na činjenice od kojih zavisi odluka do koje sud dolazi uz primjenu procesnog prava.⁵⁵ Pritom (donekle nekonzistentno i u kontradikciji sa svojom tezom da bi /ne/ postojanje nekih procesnih pretpostavaka trebalo utvrditi na razini izvjesnosti) taj svoj stav argumentira tezom da bi angažiranje jednakih napora radi utvrđivanja procesnih pretpostavaka za meritorno odlučivanje, kao i pri utvrđivanju pretpostavaka za ocjenu osnovanosti meritornih zahtjeva, bilo u pravilu neekonomično i nesvrishodno. Bilo bi, naprotiv, ekonomično i svrshodno da sud i stranke prihvate stanovit rizik koji dolazi odatle što valjanost poduzetih radnja može biti dovedena u pitanje zbog utvrđenja da nisu postojali neophodni uvjeti za rad suda i stranaka. Zbog toga smatra da pri utvrđivanju procesnih pretpostavaka i ostalih elemenata parnice od kojih zavisi primjena procesnog prava u pravilu nije potrebno da se sud uvjerava u postojanje činjenica na jednako nesumnjiv i izvjestan način kao kad utvrđuje činjenice odlučne za ocjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva. Stupanj "izvjesnosti"⁵⁶ o postojanju određene činjenice mogao bi ovdje biti i slabiji. Bilo bi dovoljno da se utvrdi stanovita mogućnost da se ustanovljenje suda podudara sa stvarnošću.

Polazeći od konstatacije o nemogućnosti apsolutne identifikacije subjektivnih predodžaba suda sa stvarnošću koja je predmet promatranja, Triva je mišljenja da

55 Pozivajući se pritom na JUHARTA, CPP, 348., te konstatirajući drukčija stajališta izražena u prijašnjoj jugoslavenskoj doktrini.

56 Bila bi riječ o lapsusu jer se očito mislilo na stupanj uvjerenosti, dokazanosti, a ne «izvjesnosti».

između izvjesnosti i vjerojatnosti da je određena tvrdnja istinita nema u biti spoznaje kvalitativne razlike. Razlika je samo kvantitativna. No ova je kvantiteta sa stajališta praktične primjene toliko značajna da ovlašćuje na **kvalitativno** različit tretman u sudovanju.

Okolnost da važeći Zakon nema izričitih odredaba o vjerojatnosti (kao što je to imao ZSPGP 29, § 370.) ne bi, po ovom autoru, značila da on ne bi pružao osnove za primjenu kriterija vjerojatnosti. Na to bi prema njemu upućivala neka procesna pravila koja su očigledan odraz shvaćanja da nije potrebno s punom izvjesnošću utvrditi postojanje određenih bitnih činjenica. Takvo bi, npr., bilo pravilo o utvrđivanju nadležnosti suda na temelju navoda u tužbi i činjenica koje su sudu poznate (15/2.); ili pravilo koje ovlašćuje sud da **na brz i pogodan način** provjeri točnost označene vrijednosti spora (40/3.).⁵⁷

Prema Trivi bi za utvrđivanje vjerojatnosti bilo moguće koristiti sva predviđena dokazna sredstva, pa i (za razliku od Poznića – v. *supra ad* 3.2.) saslušanja stranaka, te da bi bilo umjesno da se izvode samo, tzv. **likvidni dokazi**, tj. dokazi koji se mogu odmah, na brz i pogodan način izvesti. Za to bi bile najprikladnije isprave, ali to ne bi isključivalo ni saslušanje svjedoka, naročito ako se oni već nalaze u sudu ili ih se može odmah dozvati. Nevezanost za stroge odredbe zakona o izvođenju dokaza značilo bi ovlaštenje da se vjerojatnost utvrđuje i na osnovi neovjerenih privatnih isprava; ili na temelju izvansudske pismene izjave svjedoka; na temelju saslušanja svjedoka na ročištu o kojemu stranke nisu bile obaviještene, itd.

U vezi sa stavom da je “izvjesnost” postignuta osobnim opažanjem treći, najviši stupanj istine Triva (suglašavajući se u smislu, ali ne i terminološki glede toga s Pozničem, v. *supra ad* 2.) smatra da se navodno dva stupnja izvjesnosti svode (ipak) na jedan.⁵⁸

2.5. Ude

Ude⁵⁹ također razlikuje četiri stupnja materijalne istine – izvjesnost kao najjači stupanj o kojoj se govori pri potpunoj podudarnosti subjektivne predodžbe s postojećim činjenicama, tj. s objektivnom stvarnošću, uvjerenost kad o istinitosti činjenice ne dvoji niti jedan iskusan čovjek, odnosno kad prosječan čovjek ne dvoji o postojanju ili nepostojanju određene činjenice te vjerojatnost kada su razlozi koji govore o postojanju neke činjenice jači od razloga koji govore protiv njezina postojanja. Četvrti bi stupanj bila sumnja kada se ne može govoriti o materijalnoj istini. O sumnji (slov. *dvom*) se govori onda kada su razlozi koji govore u prilog postojanja neke činjenice u

57 U skladu s navedenim **Triva** smatra da bi bilo dovoljno učiniti vjerojatnim postojanje činjenica od kojih zavisi mjesna nadležnost (52.); svrsishodna delagacija (68.); izuzeće sudaca (73.); određivanje rokova (111.); odgoda ročišta (116.); odobravanje povrata u prijašnje stanje (117.); pravo na traženje aktorske kaucije; oslobođenje od prethodnog snošenja troškova (172.); imenovanje besplatnog punomoćnika (174.); pravni interes za podnošenje tužbe za utvrđenje (187.); pravni interes umješaka da pristupi parnici (206.); osnovanost uskraćivanja edicije isprava (233., 234.) ili uskraćivanja svjedočenja (240.); pravo na traženje osiguranja dokaza (274.), itd.

58 TRIVA-DIKA, GPPP, 482.

59 UDE, Civilno procesno pravo, 2002., 116., pozivajući se na Juharta, CCP, 52., 53.

ravnoteži s onima koji govore protiv njezina postojanja.⁶⁰

Materijalna bi istina bila subjektivna predodžba objektivnih činjenica. Ljudska bi spoznaja bila istinita kad bi subjektivna slika odgovarala objektivnoj stvarnosti.⁶¹

Po ovom je autoru uvjerenost potrebna za meritorne odluke. Za neka procesna rješenja koja ne dovode do okončanja postupka i kojima sud odlučuje o incidentalnim procesnim pitanjima bila bi dovoljna vjerojatnost. U tom bi smislu za povrat u prijašnje stanje bilo dovoljno učiniti vjerojatnim postojanje opravdanog razloga za propuštanje. Vjerojatnost je dostatna i za određivanje privremenih mjera.

2.6. Uzelac

Svoje stavove o tzv. dokaznom standardu Uzelac je izložio u svojoj monografiji o teretu dokazivanja,⁶² istražujući taj problem povezano s problemom tereta dokazivanja s povijesno-komparativnog aspekta, ali i s obzirom na važeće hrvatsko pravo.

Razmatrajući pitanje dokaznog standarda u okviru vladajućeg njemačkog učenja o teretu dokazivanja, ovaj autor upozorava da je za to učenje od odlučne važnosti da se povuče jasna crta razlikovanja između ocjene dokaza (i s njome povezanog standarda dokaza potrebnog da bi sudac stekao uvjerenje o relevantnim činjenicama) i tereta dokazivanja. Ocjenjujući dokaze, sudac nastoji ispitati postoje li ili ne postoje uvjeti da se neka činjenica smatra dokazanom. Tek ako taj postupak ne uspije, dakle ako niti nakon svih dokaznih nastojanja sudac po svojoj slobodnoj ocjeni ne bude kadar uzeti neku činjenicu za dokazanu te ako ujedno ne bude mogao uzeti za dokazano niti da ona ne postoji, dolazi do primjene (objektivni) teret dokazivanja. Pitanje ocjene dokaza i njezina uspjeha pritom bi bilo činjenično pitanje, dok bi pitanje tereta dokazivanja, naprotiv, bilo pravno pitanje.⁶³ Osnovno pitanje ocjene dokaza bilo bi pitanje je li dokaz uspio ili nije. U odgovoru na to pitanje trebao bi pomoći pojam standarda dokaza, determinirajući prag koji dokaz mora prijeći da bi se pojedina činjenica smatrala utvrđenom, bilo u pozitivnom, bilo u negativnom smislu. Pitanje standarda dokazivanja, za razliku od same ocjene dokaza, također je pravno pitanje. Pritom ističe da niz autora smatra da je takva distinkcija bez posebne praktične vrijednosti te da se stoga ti pojmovi mogu koristiti *promiscue*, odnosno da je, u najmanju ruku, standard dokaza dio integralne teorije o ocjeni dokazivanja, dok se drugi takvom shvaćanju protive.⁶⁴ Najspornije područje u odnosu na teret dokazivanja i ocjene, odnosno standarda dokazivanja, bilo bi pokušaj kvantifikacije mjere tražene za sudačko uvjerenje kroz uvođenje matematičkog koncepta vjerojatnosti, o čemu su stavovi o tome kranje podijeljeni i kreću se od traženja gotovo apsolutne izvjesnosti za utvrđivanje relevantnih činjenica do plediranja za radikalnu primjenu kriterija pretežne vjerojatnosti, koja bi potpuno potisnula i samu potrebu za postizanjem za

60 UDE, CPP, 116.

61 UDE, CPP, 116.

62 Teret dokazivanja, 2003.

63 Teret dokazivanja, 85., 86., pozivajući se na PRÜTTING-a, Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere in Arbeitsrecht, 1983., 58.

64 Teret dokazivanja, 86.

teretom dokazivanja u građanskom pravu.

U dionici svoje monografije «Zaključak: teret dokazivanja – otvorena pitanja i pravci istraživanja», Uzelac, razmatrajući odnos standarda dokaza i tereta dokazivanja, taj problem povezuje s pitanjem subjektivnog i objektivnog koncipiranja tereta dokazivanja. Ako se teret dokazivanja koncipira subjektivno, kao zadatak koji se postavlja naizmjenično pred jednu odnosno drugu stranku da predloži dokaze u različitim stadijima postupka, ako želi izbjeći negativne procesne konzekvencije, pitanje o tome kako se tog tereta osloboditi (odnosno «prebaciti» ga na protivnu stranku) u krajnjoj se crti svodi na pitanje standarda dokaza, tj. na pitanja stupnja ili kvantuma (vjerojatnosti, izvjesnosti, uvjerenosti) koji se treba postići pojedinim dokazom da bi sudionik u postupku čija je funkcija utvrđivanje spornih činjenica (tj. *fact finder* – sud, porota ili drugi organ) uzeo određenu činjenicu za dokazanu. U tom smislu, sva pitanja o teretu dokazivanja koncentriraju se oko pitanja dokaznog standarda kojem odgovarajući dokazi trebaju udovoljiti da bi teret bio prebačen na drugu stranu. Takvo konfundiranje tereta i standarda dokazivanja posebno dolazi do izražaja, smatra autor, pri analizi teorije o teretu dokazivanja u angloameričkim zemljama. Osnovno pitanje koje bi se pri takvom postavljanju problema nametalo ticalo bi se određivanja objekta «standarda dokaza», a dvojbe se i ponovno koncentriraju oko njegove subjektivnosti ili objektivnosti. Jednu struju karakterizira da je kvantum dokaza stupanj unutarnjeg uvjerenja suca, koja se kreće od sumnje do izvjesnosti, pri čemu je teško povlačiti crte razlikovanja između pojedinih stepenica u tom kontinuumu. Druga je struja ona koja inzistira na postizanju određenog objektivnog, prema mogućnosti mjerljivog i provjerljivog stupnja vjerojatnosti koji može tendencijski svaki dokaz svrstati na određeno mjesto na probabilističkoj skali koja se kreće od potpune nemogućnosti do potpune izvjesnosti. Rasprave koje su se u Americi vodile oko *new evidence scholarship* i «matematičkog dokaza», ali i skandinavska škola Ekelöfa i Boldinga u Europi i reakcije na nju, dobro ilustriraju temeljnu razdjelnicu između dva učenja. «Objektivna» definicija tereta dokazivanja, dominantna na europskom kontinentu, polazi međutim od pretpostavke da teret dokazivanja igra ulogu tek na kraju dokaznog postupka, kad su iscrpljeni svi dokazi – i oni koje su predložile stranke, i oni koje je sud izveo po službenoj dužnosti. U najvećem broju slučajeva pravila o teretu dokazivanja uopće neće doći do primjene. Tako će biti samo kada unatoč tome što je dokazni materijal iscrpljen, tijelo koje je trebalo odlučiti o njegovoj dokaznoj snazi nije moglo izvesti konačan zaključak o istinitosti odnosno neistinitosti činjenica koje se nastojalo dokazati. Prema «vladajućem učenju» o teretu dokazivanja, u takvoj situaciji (koja je analogna situaciji u kojoj je, u formularnom rimskom postupku, *iudex* mogao izreći prisegu *sibi non liquere* i odreći se daljnjeg obnašanja sudačke funkcije, tijelo koje odlučuje dužno je primijeniti «pravila o teretu dokazivanja» i temeljem njih donijeti doluku. Dužnost donošenja odluke u slučaju nedostatka dokaza (tzv. *no liquet* zabrana) odnosno nepostojanja (ili nejasnoće) pravnog pravila izvodi se iz modernog stava – kod nekih autora proglašenog za «fundamentalni pravni princip civiliziranih nacija» - da u interesu pravne sigurnosti i zaštite pravnog poretka sud ne može uskratiti pravo na pravnu zaštitu i vratiti spor strankama – kojima u takvom slučaju ne preostaje ništa drugo do posegnuti za samopomoći. Naglašava

se da je i u okviru takvog «objektivnog» poimanja tereta dokazivanja standard dokaza ipak višestruko relevantan. Od toga koliko je taj standard visoko ili nisko postavljen (tj. zahtijeva li se sigurnost, visoka vjerojatnost ili tek obična pretežnja vjerojatnost) zavisi hoće li uopće doći do primjene pravila o teretu dokazivanja ili će se činjenica i bez njih smatrati utvrđenom dokazivanjem. Po definiciji, naime, samo ako ni tvrdnja A ni tvrdnja ne-A ne udovolje postavljenom standardu, može se govoriti o *non liquet* situaciji, što dovodi do pokretanja mehanizma odlučivanja temeljenog na teretu dokazivanja. Odatle proizlazi jednostavna jednadžba: čim je više standard dokaza postavljen, to je potencijalno širi broj situacija u kojima se može govoriti o primjenjivosti pravila o teretu dokazivanja, i obratno: snižavanje takvog standarda dovodi do lakše dokazivosti spornih tvrdnji, time isključujući mogućnost za primjenu tereta dokazivanja kao načina argumentacije u donijetoj odluci. Ta konzekvencija s naročitom je jasnoćom izašla na vidjelo u raspravama koje su, na poticaj skandinavske škole građanskog procesa, vođene u Njemačkoj šezdesetih i sedamdesetih godina, u kojima su pojedine autori, zalažući se za snižavanje standarda dokazivanja u građanskim stvarima, izričito tvrdili da bi se time teret dokazivanja u cijelosti isključio iz upotrebe.⁶⁵

Polazeći, dalje, od usporedne analize standarda dokaza u angloameričkom odnosno europskokontinentalnom pravnom krugu, autor otvara problem treba li postojati jedinstveni ili višestruki standard dokaza. Dok bi u potonjem standard dokaza, uz veća ili manja odstupanja, bio postavljen jedinstveno za sve vrste postupaka, *common law* tradicionalno povlači oštru crtu razlikovanja između standarda dokaza primjenjivog u kaznenom pravu i odgovarajućeg standarda u građanskom sudskom postupku. Dok se za pitanje kaznene odgovornosti u svim zemljama angloameričke pravne tradicije zahtijeva da elementi kaznenog djela budu utvrđeni *beyond reasonable doubt*, dakle sa stupnjem vjerojatnosti koji isključuje svaku razboritu sumnju u mogućnost protivnog, za građansko pravo primjenjuje se znatno niži standard, tzv. obične vjerojatnosti (*preponderance of probabilities*). Tek iznimno za potpuni dokaz traži se nešto viša vjerojatnost, tzv. *clear and convincing evidence*, što se međutim još uvijek ne smatra izjednačenim sa standardom važećim u kaznenim postupcima.⁶⁶ Različitost standarda dokaza u anglo-američkom i europskokontinentalnom dokaznom pravu može izazvati ozbiljnu sumnju u kompatibilnost tih dvaju sustava i legitimitet rezultata sudskih postupaka u njima. Ako, naime, u istovrsnim stvarima u dva sustava važe razdikalno različiti standardi – jednom obična natpolovična vjerojatnost da je jedna tvrdnja istinita, drugi puta veoma visoka vjerojatnost koja se često opisuje kao izvjesnost ili sigurnost – tada se već na prvi pogled može činiti da će se konačna odluka u oba sustava sadržajno razlikovati u svim situacijama, osim u onim graničnim slučajevima kad je dokazna snaga izvedenih dokaza toliko jaka (ili slaba) da se postoji nikakva sumnja o tome koji zaključak iz njih treba izvesti. U svijetu u kojem suvremene komunikacije i intenzivni robni promet sve više briše nacionalne i regionalne granice takva nesuglasnost ishoda može se opravdano činiti nepoželjnom. Ističe da bi se dva pitanja mogla povezati s takvim stanjem stvari. Prvo, površinsko,

⁶⁵ Teret dokazivanja, cit., 335., 336.

⁶⁶ Teret dokazivanja, cit., 337., 338.

jest pitanje o tome koji je sustav primjereniji – angloamerički ili europski – te se odnosi na eventualnu potrebu unifikacije i odabir standarda koji bi trebalo univerzalno prihvatiti (što implicira preuzimanje jedne i odbacivanje druge dvije mogućnosti), ili pak uvođenje trećeg standarda i izmjenu obaju sustava. Drugo pitanje, koje je manje očito, iako je prejudicijelno u odnosu na prvo, jest pitanje o tome jesu li dva sustava, *civil law* i *commom law*, u praksi zaista toliko različiti, to jest može li se u svjetlu empirijskog funkcioniranja obaju sustava zaključiti da sustavne razlike uistinu dovode do praktične divergencije koja bi iziskivala potrebu reforme i akomodacije. Kako pokazuju pojedina empirijska istraživanja, stvarna uloga dokaznih standarda može se dosta razlikovati od teorijske konstrukcije: različiti standardi za građansko i kazneno pravo ne moraju nužno dovoditi do različitog rezultata u angloameričkom porotonom sustavu, a jednako tako i standard «izvjesnosti» može u praksi europskih sudaca biti «postignut» mnogo ranije no što bi se to moglo pretpostaviti u teoriji. Ako je uistinu tako, tada međutim, nije dovoljno dijagnosticirati da divergentni sustavi proizvode konvergirajuće rezultate, već je potrebno i objasniti zašto je tako. Jedan od pravaca objašnjenja mogao bi se kretati prema ispitivanju relevantnosti teorijskih konstrukcija u praktičnom pravnom diskursu, to jest uloge koju imaju teorijski naputci o stupnjevima vjerojatnosti u svakodnevnoj praksi sudova i drugih tijela kojima je povjerena funkcija pravosuđenja. Neke teze o tome da pravna realnost ne odgovara u cijelosti teorijskim konstruktima našle su već svoje mjesto i u angloameričkom i u europskokontinentalnom pravnom krugu. Ako se prihvate takve teze, ponovno se postavlja pitanje o potrebi adaptacije teorijskih objašnjenja i pronalaženja novih, koja će na odgovarajući način obavljati svoju deskriptivnu funkciju opisa aktualnog funkcioniranja prava i davati primjereni normativni putokaz za primjenjivače prava.⁶⁷

Konstatirajući da su teret dokazivanja i standard dokazivanja različiti, no komplementarni koncepti, kada će dokazivanje ostati neuspješno (tj. završiti *non liquet* situacijom), ovisi u prvom redu o tome koliko je visoko postavljen prag koji dokaz određene činjenice treba prijeći da bi ona smatrala dokazanom. Ako je standard dokazivanja visok, dokazivanje bi češće trebalo završiti bez konkludentnog rezultata; ako je taj snadard niži, činjenicu je lakše dokazati pa su stoga i rjeđi slučajevi u kojima dokazni postupak ne okončava činjeničnu neizvjesnost. U ekstremnoj varijanti standard dokazivanja može biti definiran tako da praktički onemogućuje situacije nedokazanosti, svodeći ih na rijetke slučajeve potpunog ravnovjesja u dokazima. Pojedine teorije uklanjaju i tu posljednju mogućnost izjednačavajući postojanje činjenice s njenom dokazivošću. U takvim varijantama standard dokazivanja u cijelosti preuzima fukciju tereta dokazivanja, pa nije čudo da se u praktičnoj upotrebi ta dva koncepta znaju izjednačavati. Njihova bliskost vidi se i u pojedinim često korištenim sentencijama, poput *in dubio pro reo* formule, koja se koristi istovremeno za označavanje *tko* nosi teret dokazivanja kao i *načina* na koji treba dokazati (onkraj razborite sumnje). Konceptualno treba ipak ova dva pojma razlikovati jer se oni odnose na dva sasvim različita područja: standard se odnosi na proces dokazivanja, a teret na rješavanje posljedica neuspjeha toga procesa.⁶⁸

67 Teret dokazivanja, cit., 335.-339.

68 Teret dokazivanja, cit., 365.

Uzelac smatra da standard/standarde dokazivanja nije moguće izraziti u objektivnim matematičkim formulama vjerojatnosti, ali da ga se ne može prepustiti ni čistom unutarnjem kriteriju (subjektivnosti individualnog suca). Definiranje standarda dokazivanja – posebno standarda dokazivanja (materijalnopravno) relevantnih činjenica u građanskom pravu – jedno je od najspornijih pitanja i u teoriji i u komparativnoj pravnoj praksi. S obzirom na to koliko standarda postoji/treba postojati može se razlikovati monističke, dualističke i pluralističke sustave. Europskokontinentalni sustavi zastupaju u načelu samo jedan standard za dokazivanje relevantnih činjenica, iako se mišljenja razlikuju oko njegova sadržaja; u engleskom pravu koriste se dva standarda, dok američko pravo poznaje i treći. Pojedini autori zastupaju mišljenje o potrebi uvođenja višestrukih, varijabilnih standarda. Drugo, načelno pitanje nezavisno o broju standarda za koje se opredjeljuje jest pitanje o sadržaju standarda. Već u samom pojmu standarda (kriterija, kvantuma) dokazivanja sadržana je ideja o gradaciji. Priroda te gradacije je sporna: dok objektivističko poimanje smatra da se standard može manje ili više precizno kvantificirati u terminima postignute matematičke vjerojatnosti koja se daje izraziti na skali između 0 (nevjerojatno) i 1 (sigurno), subjektivističke varijante oslanjaju se na postignut stupanj unutarnjeg uvjerenja suca. Obje varijante pate od teško prevladivih poteškoća. S jedne strane, inzistiranje na čistoj objektivnoj vjerojatnosti ili je praktički nemoguće ili vodi apsurdnim rezultatima. Čista subjektivnost intimne procjene jest s druge strane nekontrolabilna i prijeti da se pretvori u proizvoljnost u kojoj će sam «standard» izgubiti svaki obris. Stoga bi, smatra Uzelac, standard dokazivanja trebalo tumačiti tako da ga se postavi između tih dviju krajnosti – u sferu praktičnog rasuđivanja koja se nalazi između čistog subjektivizma i matematičke egzaktnosti. Ideja bejkonijanske vjerojatnosti može poslužiti kao dobra polazna osnova za kreiranje takve teorije, dok se filozofska osnova može naći u intersubjektivističkim teorijama istine i suvremenoj teoriji argumentacije. U tom svjetlu trebalo bi interpretirati i standarde pozitivnog prava, i one koji u sebi sadrže probabilističke konotacije (npr. standard pretežne vjerojatnosti), i subjektivistički intonirane standarde (npr. standard izvjesnosti).⁶⁹

Prema ovom autoru, okolnosti kojima se pravila o teretu dokazivanja tipično rukovode jesu podobnost određene činjenice za dokazivanje i razlozi vjerojatnosti, bliskost stranaka dokazima, doprinos protustranke (ne)mogućnosti izvođenja konkludentnog dokaza te posebni pravopolitički razlozi za preferiranje određenog tipa distribucije rizika nedokazanosti u području u kojem se pojavljuje *non liquet* slučaj. U sustavima u kojima je standard dokaza visoko postavljen posebnu ulogu imaju razlozi vjerojatnosti. Naime, tamo gdje bi primjena načelno važećeg standarda izvjesnosti odnosno veoma visoke vjerojatnosti dovela do očigledno neprimjerenih rezultata (npr. u slučajevima u kojima je određenu činjenicu iznimno teško dokazati uz primjenu tog standarda/npr. određenog psihičkog stanja: volje, namjere), zakon i sudska praksa često «snižavaju» potreban prag. Ta snižavanja mogu imati različitu formu – mogu biti sadržana u izričitom pravilu koje upućuje na raspodjelu tereta dokazivanja motiviranu (većom) vjerojatnošću, bilo u faktičkim ili pravnim presumpcijama, bilo u doktrinama o *prima facie* dokazu ili *ad hoc* sudskoj praksi

69 Teret dokazivanja, cit., 366.

«okretanja» tereta dokazivanja. Takva vjerojatnošću motivirana pravila obilježava ambigvitet: ona mogu biti interpretirana i kao pravila koja (samo) modificiraju standard dokazivanja i kao pravila koja (samo) sadrže distribuciju tereta dokazivanja. Bez obzira na zauzeti model teorijskog objašnjenja (koje često ovisi samo o vanjskim, formalnim okolnostima kao što je jezična formulacija), funkcija je u oba slučaja ista – premošćivanje neizvjesnosti – zbog čega se takva pravila mogu smatrati (i) pravilima o teretu dokazivanja.⁷⁰ Osim vjerojatnosti i podobnosti određene činjenice za dokazivanje pri raspodjeli tereta dokazivanja treba uzeti u obzir i položaj stranaka u procesu dokazivanja i njihov eventualni doprinos nemogućnosti utvrđivanja određene činjenice. Tako je općenito prihvaćeno da rizik neutvrđenja određene činjenice tereti stranku koja je svojim radnjama spriječila dokazivanje te činjenice. Drugi, manje univerzalno primjenjiv razlog jest odbijanje kooperacije stranke na kojoj inače ne leži teret dokazivanja, ali se nalazi u posjedu dokaza koji bi mogli pridonijeti dokazivanju sporne činjenice; na posljétku, i sama blizina određene stranke dokazima ili njezina kontrola nad područjem u kojem se dogodila sporna činjenica može pod određenim uvjetima poslužiti kao temelj posebnog pravila o teretu dokazivanja.⁷¹ Uz te opće razloge u pojedinim se pravnim granama i područjima pravila o teretu dokazivanja motiviraju promišljanjima specifičnima za odgovarajuću granu. Sudska praksa kreiranja posebnih pravila o teretu dokazivanja u nekim je područjima bila prethodnica značajnih zakonodavnih reformi.⁷²

U okviru izloženog, teorijski uopćenog, bavljenja problemom potrebne mjere utvrđenosti/dokazanosti činjenica nije određeno odgovoreno na pitanje vrijedi li u hrvatskom pravu samo jedan od teorijski nagoviještenih standarda (monistički sustav), iako se njegova mjerodavnost nagovještava, ili se ipak primjenjuju različiti standardi od kojih su neki određujući, dok neki imaju značenje iznimaka od pravila i mjerodavni su za utvrđivanje određenih kategorija činjenica.

70 Dvojnost tumačenja pravila motiviranih vjerojatnošću (a ponekad i drugim razlozima) bila bi uzrokovana pomicanjem točke iz koje se pojedino pravilo promatra. Npr., faktička presumpcija koja nalaže da se određena činjenica uzme za dokazanu ako se dokaže druga činjenica (baza presumpcije), koja je relevantna okolnost (presumiranu činjenicu) samo učini vjerojatnom, može se tumačiti bilo kao pravilo o snižavanju standarda dokazivanja (presumirana činjenica jest «utvrđena», pa time do *non liquet* situacije nije ni došlo), bilo kao posebno pravilo o teretu dokazivanja (budući da presumiranu činjenicu nije mogao s izvjesnošću utvrditi, sud primjenjuje pravilo o raspodjeli rizika takve nemogućnosti, koje mu omogućuje da odluči *kao da* je činjenica izvjesno dokazana). Gotovo bi u svakom slučaju bilo moguće na isti način transformirati pravilo o snižavanju standarda dokaza u pravilo o teretu dokazivanja (npr. transformirati iskaz «A će biti utvrđeno ako se utvrdi da je vjerojatnije A nego da ne-A» u iskaz «Ako A ne bude utvrđeno, rizik nemogućnosti (sigurnog/ utvrđenja snosi protivnik stranke koja je dokazala da je vjerojatnije da A nego da ne-A»). Usp. Teret dokazivanja, cit., 369., bilj. 78.

71 Tu autor upućuje npr. njemačku doktrinu o «sferama opasnosti» (*Gefahrenbereichlehre*) prema kojoj teret dokazivanja u nizu odnosa (npr. kod tzv. pozitivnih povreda ugovora) leži na dužniku ako se okolnosti zbog koje je do povrede došlo nalaze u njegovoj «sferi opasnosti».

72 Teret dokazivanja, cit., 368., 369. S ovime u vezi autor ističe da je, npr. u američkom pravu iz okretanja tereta dokazivanja razvijeno prihvaćanje načela presumirane krivnje u oštetnom pravu (doktrina *res ipsa loquitur*), dok je u njemačkom pravu na isti način iz sudske prakse okretanja tereta dokazivanja kod slučajeva odgovornosti proizvođača za štetu razvijena univerzalno prihvaćena doktrina.

2.7. Zobec

Ovaj autor, koji otklanja teoriju korespondencije jer smatra da ona ne daje i ne može dati odgovor na pitanje kako doći do istine⁷³ i koji se priklanja kriteriološkim teorijama koje težište stavljaju na proceduru i kriterije na kojima je utemeljena,⁷⁴ konstatira da će prema većinskom stajalištu onaj na kome je teret dokaza uspjeti ako svoje činjenične tvrdnje tako argumentira (dokaže) da će biti isključena svaka razumna sumnja, odnosno da o istinitosti tih tvrdnji ne bi dvoumio niti jedan razuman u životnim odnosima iskusan čovjek⁷⁵ te i ako ti argumenti budu i kod trećih osoba izazvali uvjerenje da bi razumni ljudi pri poštovanju istih kriterija došli do istog zaključka.⁷⁶ Taj dokazni standard mora predležati kad je riječ o tvrdnjama o činjenicama koje su potrebne za meritorno odlučivanje, tj. za uporabu materijalnog prava.⁷⁷ Za odlučivanje o pitanjima procesnopravne prirode u pravilu je dostatan niži dokazni standard (vjerojatnost), koji je ostvaren onda kad su razlozi koji govore u prilog određenoj tvrdnji uvjerljiviji od onih koji govore protiv nje,⁷⁸ kad je stupanj svijesti o istini niži.⁷⁹ U zakonu nisu definirani dokazni standardi, niti «potpunog dokaza» niti vjerojatnosti. Zato su teorija i praksa prihvatili dokazni standard «isključenja razumne sumnje»,⁸⁰ koji, opet, otvara pitanja što znači razumna sumnja. Budući da teorija (osim vrlo uopćenih formula) i judikatura ne daju odgovora na to pitanje, smatra da određivanje razlike između standarda potpunog dokaza i vjerojatnosti treba potražiti ne samo definiranjem tih pojmova već i uz pomoć kriterija.⁸¹

Po Zobecu bi razlika između navedena dva standarda bila uvjetovana (i) time što za utvrđivanje vjerojatnosti ne bi bilo potrebno primijeniti formalna dokazna pravila.^{82 83}

73 ZOBEC, PP ZK, 2., 327., 328.

74 ZOBEC, PP ZK, 2., 330.

75 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na slovensku doktrinu (JUHART, CPP, 53., 348.) i judikaturu.

76 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Uzelca (Teret dokazivanja, 383.).

77 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., 331.

78 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Juharta (CCP, 54.), Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393., 394.), ali i na Uzelca (Teret dokazivanja, 383.).

79 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Juharta (CPP, 348.).

80 ZOBEC, PP ZK, 2., 331.

81 ZOBEC, PP ZK, 2., 331., pozivajući se na judikaturu Vrhovnog suda Slovenije, ali i na Uzelca (Teret dokazivanja, 382.), u pogledu problematičnosti značenja tog, ali i drugih izraza koji se koriste poput izvjesnosti.

82 ZOBEC, PP ZK, 2., 331., 332., pozivajući se na Juharta (CPP, 348.) i Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 395.).

83 ZOBEC, PP ZK, 2., 332. Pritom on upozorava na nešto što mu se čini svojevrsnim paradoksom: vjerojatnost se kao niži dokazni standard utemeljuje na drukčijim metodološkom kriteriju nego dokazanost, kriteriju čija je bit neformalnost, nevezanost na stroga pravila o izvođenju dokaza. Ono čime se utemeljuje materijalna istina (antiformalizam) postaje tu metoda za postizivanje «nižeg stupnja uvjerenosti o istini», što se ne bi moglo nazvati materijalnom istinom. I obratno: samo izvođenjem dokaza u skladu s odredbama dokaznog prava i poštovanjem temeljnih procesnih (i istovremeno gnoseoloških) načela saslušanja stranaka, kontradiktornosti i otvorenoga suđenja (dakle formalistično) može doći sud do potpunog uvjerenja odnosno do spoznaje o istinitosti tvrdnji stranaka (što bi odgovaralo pojmu materijalne istine).

I drugi bi element dokaznog standarda «s one strane razumne dvojbe», koji bi bio kriteriološki, koji bi u biti bio izveden iz konsenzualne teorije istine i koji bi se odnosio na argumentaciju dokazne ocjene, sadržavao tri zahtjeva: (1) dokazna bi ocjena morala biti slobodna, ali obavljena u skladu s metodološkim nalogima članka 8., (2) temeljiti se na snazi (neprisilnoj prisili) jačih argumenata i (3) kvaliteta bi tih argumenata morala biti takva da bi potencijalno uvjerila svakog razumnog čovjeka u vrijeme i u prostoru obavljanja dokazne ocjene (intersubjektivna uvjerljivost odnosno prihvatljivost).⁸⁴

Ono što bi razlikovalo dokazanost (potpunu uvjerenost) od vjerojatnosti bilo bi više nego sadržaj («s one strane razumne sumnje», odnosno više argumenata koji bi govorili za od onih koji bi govorili protiv) kriterij. Za dokazanost bi morali biti ispunjeni strogi zahtjevi procesne metode, za vjerojatnost bi pak bile dovoljne neformalne i pojednostavljene procesne metode koje bi mogao izraziti standard «brz i priladan način».⁸⁵

Definicijski bi pristup bio problematičan i jer pri meritornom odlučivanju nije moguće u cijelosti izbjeći razumnu sumnju.⁸⁶ Sud mora, naime, utvrđivati i buduće činjenice (koje svakako ne mogu pripadati objektivnoj stvarnosti; npr. buduću štetu), uzročnu vezu, primijeniti slobodnu ocjenu ili utvrditi nešto potpuno hipotetično što se nije i neće se dogoditi (izgubljena dobit). U svim je tim primjerima teško govoriti o isključenju razumne sumnje, već samo o tome da je više razloga za određeni dokazni zaključak nego protiv. A ipak će sud na tako nepouzdanim ili zapravo hipotetičnim činjeničnim utvrđenjima utemeljiti meritornu odluku.⁸⁷ S druge strane se i neke procesnopravno relevantne činjenice u pravilu dokazuju «s one strane razumne sumnje» (npr. dostava, sporazum o mjesnoj nadležnosti, punomoć).⁸⁸

Zato se, smatra Zobec, čini prihvatljivim stajalište koje između izvjesnosti i vjerojatnosti vidi kvalitativnu razliku. Budući da su kriteriji dokaznih standarda procesni (sadržajni ne mogu biti već zato jer nemamo neposrednoga uvida u istinu da bi mogli govoriti o većoj ili manjoj količini podudarnosti predodžbe s njom), njihova kvalitativna razlika (koja je u drugačijoj metodi koju upotrebljava sud za utvrđivanje činjeničnog stanja) uvjetuje i kvalitativnu različitost samih standarda. Dokazanost se zato od vjerojatnosti ne razlikuje po tome što sudac ima bolju («već») predodžbu o objektivnoj stvarnosti, već po tome što je do nje došao na drugačiji (možemo reći na tako procesnopravno kao i gnoseološki kvalitetniji) način da zato može imati (ali ne

84 ZOBEC, PP ZK, 2., 332.

85 ZOBEC, PP ZK, 2., 332. pozivajući se, između ostaloga, na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 395.), i stav izražen u tom djelu da su za utvrđivanje vjerojatnosti potrebni likvidni dokazi. O tome da, međutim, kriterij «na brz i pogodan način» vrijedi samo za neke od slučajeva u kojima činjenice treba utvrditi na razini vjerojatnosti i da stoga nije «opća mjera» za utvrđivanje vjerojatnosti, v. *infra*, a posebno §§ 15.-18.

86 ZOBEC, PP ZK, 2., 332., pozivajući se na Faschinga (ZPR, 433.), ističe da u nekim iznimnim slučajevima materijalno pravo olakšava položaj onih koji nose teret dokazivanja propisujući dovoljnim da se nešto učini vjerojatnim.

87 ZOBEC, PP ZK, 2., 333., pozivajući se na Rosenberga (ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 16. izd., 660.).

88 ZOBEC, PP ZK, 2., 333.

i nužno) i bolju kvalitetu spoznaje.⁸⁹ U vezi s ovim izvodom moglo bi se primijetiti da se čini prihvatljivim upozorenje autora da različiti stupanj uvjerenosti koji se hoće postići može opravdavati (uvjetovati) i različite puteve kojim će se do njega doći. Međutim, problem se ne bi smio na to svesti. Put može biti isti, ali rezultati mogu biti različiti. Tako može i «pravi» dokazni postupak dovesti samo do vjerojatnosti. U tom slučaju ako je traženi standard sigurnost, primijenit će se pravila o teretu dokazivanja, a ako je traženi standard vjerojatnost, ona se neće primijeniti jer je dokazivanjem postignut potreban standard uvjerenosti. Međutim, pravila o teretu dokazivanja se u osnovi (uz određene specifičnosti – v. §) trebaju primjenjivati i kad se neka činjenica treba utvrditi samo na razini vjerojatnosti – ako se ta razina ne postigne, morat će se (u pravilu) zaključiti da činjenice nema. Sumarnost i «deformaliziranost» dokaznog postupka nije ono što može i smije dovesti do vjerojatnosti jer se i na temelju takvog postupka može doći do sigurnosti. Pored toga, trebalo bi razlikovati različite razine vjerojatnosti koje treba postići u različitim slučajevima da bi se mogle donijeti odgovarajuće (redovito procesne) odluke – do takvih vjerojatnosti vode i različiti putovi. Tako, npr., na jedan se način i na jednoj razini uvjerenosti utvrđuju pretpostavke o kojima ovisi utvrđenje vrijednosti predmeta spora (40. – «na brz i pogodan način», v. § 18/4.), a na drugoj pretpostavke o kojima ovisi utvrđenje, tzv. pretežnije vjerojatnosti u slučajevima u kojima se traži, do koje se (redovito) dolazi provedbom iste dokazne procedure kao i kad treba doći do izvjesnosti. Konačno, i do zaključka o vjerojatnosti odnosno sigurnosti dolazi se slobodnom ocjenom u biti istih dokaza – razlika će biti u tome što će se u jednom slučaju tom ocjenom formirati stav o tome postoji li vjerojatnost kao traženi standard uvjerenosti, u drugom je li zadovoljen zahtjev sigurnosti.

Zobec opravdano upozorava na to da stajalište da je za meritorno odlučivanje potrebna dokazanost, a da je za procesnopravno relevantne činjenica dostatna vjerojatnost, zahtijeva dodatno objašnjenje. I procesne činjenice treba dokazivati «s one strane razumne sumnje» kad je riječ o rješavanju važnijih procesnih pitanja. Zapravo onih koji se tiču tužiteljeva prava na sudsku zaštitu ili na pravno sredstvo. Odbacivanje tužbe ima za tužitelja teže posljedice nego što ih ima za tuženika nastavljanje parnice i meritorno odlučivanje o tužbenom zahtjevu. Isto je tako za žalitelja sudbonosnije odbacivanje žalbe, nego što je za njezinog protivnika odlučivanje o njezinoj osnovanosti. Kad predsjednik vijeća ima ovlaštenje da po prethodnom ispitivanju odbaci tužbu ako utvrdi da odlučivanje o tužbenom zahtjevu ne spada u sudsku nadležnost, da je tužba podnesena prekazno, da o zahtjevu već teče parnica, da je stvar pravomoćno presuđena ili da nema pravnog interesa za podnošenje tužbe, to će učiniti u onim slučajevima u kojima su razlozi za odbacivanje očiti odnosno vidljivi već iz samih tužbenih navoda. Na to bi, prema ovom autoru, upućivalo i stajalište da mora biti samo pri odlučivanju o važnijim procesnim pitanjima poštovano pravo na očitovanje, a na drugoj strani nejedinstvenost odnosno raznolikost izraza kojima zakon više ili manje posredno upućuje na vjerojatnost. Standard vjerojatnosti koji je potreban za odgodu ročišta ili za produženje sudskog roka zato ne mora biti isti kao kod povrata u prijašnje stanje, kao što će biti drukčiji kad sud bude odlučivao o

89 ZOBEC, PP ZK, 2., 333.

povratu zbog propuštanja ročišta koje je pruzrokovalo mirovanje, odnosno kao onda kad bude odlučivao o povratu zbog propuštanja roka za žalbu ili roka za odgovor na tužbu. Sud mora imati uvijek pred očima težu posljedicu odluke. Što je veća pravna težina odluke za jednu ili drugu stranku, više truda treba uložiti u utvrđivanje procesnopravno relevantnog činjeničnog stanja.⁹⁰

Prema Zobecu, razlika između dokazanosti i vjerojatnosti očituje se prije svega u metodi i zatim (kao njezinoj posljedici) kvaliteti spoznaje (ali ne uvijek jer je vjerojatno teže zamisliti bolji dokaz/postojanja/parnične punomoći od prilaganja takve ovjerene punomoći). Ulaganje istog truda za utvrđivanje pretpostavaka za meritorno suđenje i za utvrđivanje pretpostavaka za ocjenu utemeljenosti meritornih zahtjeva bilo bi neekonomično i nesmotreno. Sud i stranke stoga moraju preuzeti određeni rizik da će njihova procesna djelovanja biti nevaljana jer nije bilo pretpostavaka za suđenje.⁹¹ *Differentia specifica* vjerojatnosti je ona metoda koju izražava standard «brz i pogodan i pravnoj važnosti procesne odluke razmjernan način». Tu bi dokazni postupak morao biti prije svega brz, što znači da radi izvođenja dokaza (u pravilu) ne bi smjelo doći do odgode ročišta te da načelo hitnosti i ekonomičnosti ima prednost pred kvalitetom dokaznih sredstava i procesnih jamstava u dokaznom postupku (kad je riječ o manje značajnim procesnim odlukama, čak i pred kontradiktornošću ili pred pravom na žalbu). Stoga će sud izvoditi prije svega tzv. likvidne dokaze, takve koje je moguće izvesti odmah ili vrlo brzo i jednostavno izvesti (npr. promptno telefonsko pribavljanje obavijesti, izvansudske izjave svjedoka, ili dokaze koji su zbog hitnosti i učinkovitosti izvedeni na nekontradiktorni način,⁹² pri čemu bi brzina, ekonomičnost i pojednostavljenost dokaznog postupka te (zbog toga) slabija kvaliteta spoznaje bile srazmjerne pravnoj važnosti (sudbonosnosti) konkretne procesne odluke za jednu, ali i drugu stranku.⁹³ U vezi s ovim stavom moglo bi se primijetiti da je utemeljen na “prebrz” generalizaciji kriterija “na brz i pogodan način”, kriterija koji je Zakonom predviđen samo za utvrđivanje nekih od (procesno)pravno relevantnih činjenica – vrijednosti predmeta spora, činjenici o kojoj treba formirati stav na (relativno) niskoj razini vjerojatnosti, i to na temelju sumarno provedenog postupka u kojemu se sudac izrijeckom ovlašćuje da odstupi od zahtjeva koji su propisani za utvrđivanje činjenica u drugim slučajevima. Stupanj vjerojatnosti i put kojim će se do njega doći potrebno je odvojeno utvrditi za čitav niz različitih kategorija činjenica, koje same po sebi mogu biti materijalnopravno i procesnopravno relevantne.

90 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.).

91 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.).

92 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.) i Juharta (CPP, 348.).

93 ZOBEC, PP ZK, 2., 334.

III. VLASTITI STAV

1. Norma primjenom koje treba donijeti odluku i potrebna mjera utvrđenosti

U traganju za odgovorom na pitanje o potrebnoj mjeri utvrđenosti činjenica o kojima ovisi donošenje odluke u konkretnoj pravnoj stvari trebalo bi poći od pravne norme primjenom koje treba riješiti tu pravnu stvar, od toga kako ona impostira pretpostavke za nastupanje pravne posljedice čije se priznanje traži. Budući da norme tzv. materijalnog prava, ali i norme, tzv. procesnog prava, iako s mnogo većim iznimkama, nastanak, promjenu ili prestanak određenih prava, pravnih odnosa ili pravnih stanja redovito uvjetuju **postojanjem** ili **nepostojanjem** (nastankom, promjenom ili prestankom postojanja) određenih činjeničnih pretpostavaka, da bi sud koji bi trebao odlučiti o osnovanosti ili neosnovanosti zahtjeva koji je istaknut s obzirom na ta prava, pravne odnose ili pravna stanja, odnosno koji bi trebao po službenoj dužnosti odlučiti o nekom pravnom pitanju mimo zahtjeva stranaka, mogao odlučiti, redovito bi trebao utvrditi da činjenične pretpostavke o čijem postojanju ili nepostojanju ovisi njegova odluka zaista postoje ili ne postoje. Utoliko bi sud, da bi mogao donijeti određenu odluku, u načelu trebao biti **siguran** da postoji ili da ne postoji ono o čemu ovisi donošenje njegove odluke, a ne da to nešto **možda** postoji, odnosno da je **više** ili **manje vjerojatno** da postoji. U tom bi smislu potrebna mjera utvrđenosti, barem na ovoj polaznoj (načelnoj) razini razmatranja problema, bila determinirana onime čime norma na temelju koje treba suditi uvjetuje nastupanje pravne posljedice o kojoj treba odlučiti. Ako ta norma za nastupanje te pravne posljedice traži postojanje ili nepostojanje određenih činjeničnih pretpostavaka, tada bi i sud, da bi mogao donijeti odgovarajuću odluku, morao na razini sigurnosti (izvjesnosti) utvrditi njihovo postojanje ili nepostojanje, uvjeriti se da one zaista postoje ili ne postoje (**normom primjenom koje treba donijeti odluku uvjetovana potrebna mjera utvrđenosti, uvjerenosti**). Na to upućuje i odredba članka 221.a ZPP, prema kojoj će sud zaključiti o postojanju činjenice (koju treba utvrditi) primjenom pravila o teretu dokazivanja ako je na temelju izvedenih dokaza (njihovom slobodnom ocjenom - 8.) ne može (ne uspije) sa **sigurnošću** utvrditi.⁹⁴

Norme materijalnog prava (kako primarnog, dakle onog koje uređuje izvanprocesne odnose kao takve, neovisno o pretpostavkama njihove pravozaštitne operacionalizacije, tako i pravozaštitnog, dakle onog koje, eventualno ispunjenjem dodatnih pretpostavaka, uvjetuje pružanje pravne zaštite određenog sadržaja s obzirom na primarne materijalnopravne situacije) samo iznimno nastanak, promjenu ili prestanak određenih prava ili pravnih odnosa uvjetuju (i) **vjerojatnošću** (različitog stupnja) postojanja ili nepostojanja nekih od pravno relevantnih činjenica (v. *infra ad* III.5., 6.).

Norme procesnog prava, međutim, u bitno široj mjeri otvaraju mogućnost

94 Odredba članka 221.a ZPP zapravo ima u vidu standardnu situaciju – onu u kojoj činjenične pretpostavke treba sa sigurnošću utvrditi. Ona, međutim, ne isključuje posebne situacije u kojima se odstupa od njome zahtijevane mjere.

donošenja odgovarajućih odluka na temelju vjerojatnosti (različitoga stupnja) o postojanju ili nepostojanju procesnopravno relevantnih činjenica, u pravilu procesnih pretpostavaka, pri čemu se stav o vjerojatnosti kao dostatnoj razini uvjerenosti u postojanje tih činjenica izvodi iz njihove funkcije (v. *infra ad* III.7.). Pritom se činjenice u tim slučajevima redovito sumarno utvrđuju, u pravilu na temelju, tzv. likvidnih dokaza. Ipak, ako se zbog nedostatka pozitivnih ili postojanja negativnih procesnih pretpostavaka mora donijeti odluka kojom se tužba ili koji drugi prijedlog stranke odbacuje, ili predmet ustupa zbog nenadležnosti, postupak obustavlja, razina uvjerenosti u njihovo nepostojanje odnosno postojanje mora (u pravilu) odgovarati izvjesnosti⁹⁵ (sigurnosti) do koje u pravilu treba doći na temelju standardnih dokaznih sredstava, dakle ne provedbom sumarnog dokaznog postupka (v. *infra ad* III.2.).

U nekim se slučajevima, međutim, norme procesnog prava zadovoljavaju i pukom ustvrđenošću određenog činjeničnog stanja (v. *infra ad* III.7.).

2. Potrebna mjera utvrđenosti činjenica i metode njihova utvrđivanja

2.1. Općenito

Problem potrebne mjere utvrđenosti činjenica u doktrini se redovito otvara u slučajevima u kojima se činjenice utvrđuju dokazivanjem koje se provodi primjenom **slobodne ocjene dokaza**. Upravo se stoga u tim slučajevima problem potrebne mjere utvrđenosti činjenica svodi na problem potrebne mjere **uvjerenosti** suda u njihovo postojanje do koje će doći dokazivanjem koje se provodi primjenom te metode.

Naime, kad se zaključak o postojanju činjenica formira primjenom formalnih probatornih i neprobatornih metoda, od kojih neke imaju funkcionalni prioritet pred dokazivanjem primjenom slobodne ocjene dokaza, zbog čega one i isključuju njegovu primjenu, tada rezultat do kojega se dolazi njihovom primjenom po svojoj kvaliteti redovito odgovara onoj mjeri utvrđenosti do koje treba doći prema normi koja uz postojanje ili nepostojanje nekih činjenica veže nastupanje određenih pravnih posljedica, dakle sigurnosti ili vjerojatnosti. U tom smislu treba zaključiti da postoji činjenica koja je utvrđena pravomoćnom presudom onako kako je utvrđena, u objektivnim, subjektivnim, vremenskim, teritorijalnim i procesnim granicama njezine pravomoćnosti, neovisno o tome što bi eventualno bilo notorno protivno ili što bi na protivno upućivali dokazi koji su vrednovani po slobodnoj ocjeni. Ako bi sud smatrao da je neka činjenica notorna, takav je njegov stav o njezinu postojanju relevantan neovisno o tome što je objektivno stanje drukčije – sve dok se ne dokaže da ta činjenica nije notorna ili dok se ne dokaže protivno (*arg. ex* 221/4.). Ako je neka činjenica priznata, u pravilu treba uzeti da postoji onako kako su se stranke svojim sadržajno usklađenim izjavama suglasile o njezinu postojanju ili nepostojanju (*arg. ex* 221/1., 2.). Ako na postojanje neke činjenice upućuju pravila o zakonskim predmnjevanjima, treba zaključiti da postoji predmnijevana činjenica, osim ako se ne uspije dokazati protivno, kad je to dopušteno, neovisno o tome što postoje ozbiljni razlozi zbog kojih bi se moglo posumnjati u pouzdanost zaključka do kojeg se došlo (221/3.), itd.

95 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 481., 482.

Ipak, problem potrebne mjere utvrđenosti mogao bi se javiti i kad bi se činjenice utvrđivale primjenom formalnih probatornih te neprobatornih metoda – onda kad bi se tim metodama utvrđivali indiciji na temelju kojih bi tek trebao izvesti zaključak o postojanju ili nepostojanju neposredno relevantnih činjenica. Takav - na temelju indicija izvedeni – zaključak trebao bi odgovarati postuliranom standardu utvrđenosti, a ako ne bi odgovarao, o postojanju činjenica koje bi trebalo utvrditi valjalo bi (u pravilu) zaključiti primjenom pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja), dakle, primjenom jedne formalne neprobatorne metode.

Naznačeni se problem javlja i kad bi primjenom formalnih metoda trebalo izravno doći do zaključaka niže razine utvrđenosti o postojanju nekih činjenica. Tako se, npr., kod osiguranja prethodnim mjerama vjerojatnost postojanja tražbine koju treba osigurati utvrđuje na temelju neovršne (i – redovito - nepravomoćne) odluke suda (*arg. ex* 332. OZ).⁹⁶ Takvim bi se ispravama mogla (*arg. a maiori ad minus*) dokazati i vjerojatnost tražbine kod određivanja privremenih mjera (344., 346. OZ).

Mjeru utvrđenosti činjenica koju treba postići prema normi na temelju koje treba odlučiti u konkretnoj pravnoj stvari („normom koju treba primijeniti postulirana mjera utvrđenosti činjenica“), dakle, u pravilu, sigurnost, iznimno visoki, ali ipak niži od sigurnosti, stupanj vjerojatnosti, odnosno pretežnija vjerojatnost, neki slabiji oblik vjerojatnosti odnosno puku ustvrđenost, treba razlikovati od toga kada se prema procesnom pravu mora (smije) uzeti da je ta mjera postignuta. Stav o tome da je ona postignuta ovisit će o primijenjenim metodama utvrđivanja činjenica, odnosno o metodama koje su se smjele primijeniti.

Mjera utvrđenosti konkretnih činjenica tijekom postupka nije statična kategorija – ona se u dijalektici procesa postavlja kao dinamična i evolutivna veličina. Ona ovisi o mogućnosti korištenja pojedinih metoda utvrđivanja činjenica. Na to mogu utjecati i okolnosti zbog kojih će se naknadno otvoriti potreba da se neke činjenice ponovno utvrđuju drugim metodama, a ne onima za koje se prethodno smatralo da su mjerodavne i dostatne. Tako, npr., ako je neka činjenica bila utvrđena pravomoćnom presudom, zbog čega se ona nije utvrđivala drugim metodama, potreba da se ona utvrdi tim drugim metodama nastaje nakon što se ta presuda naknadno ukine. Ako se dokaže da činjenica za koju se smatralo da je notorna nije takva, ona se treba utvrditi drugim metodama. Ako se neka činjenica nije dokazivala jer je bila priznata, potreba da se dokazuje nastat će ako se priznanje uspješno opozove, itd. Rezultati dokazivanja mogu postati opsoletni ako se neka činjenica naknadno prizna ili ako se utvrdi postojanje presumptivne baze za formiranje zaključka o njezinu postojanju primjenom pravila o zakonskoj predmnjevi. Otkriće da je svjedok dao lažan iskaz otvara potrebu da se činjenica utvrđuje drugim dokazima, odnosno da se, eventualno, primijene pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja). U slučajevima u kojima se činjenice trebaju utvrditi dokazivanjem, ostvarivanje potrebne mjere utvrđenosti ovisit će o mogućnosti predlaganja i izvođenja dokaza u pojedinim stadijima postupka, o pravilima o vrednovanju njihove dokazne snage, itd.

96 OZ: Ovršni zakon, NN 112/2012, 25/2013, 93/2014.

2.2. Egzistentnost, sigurnost, vjerojatnost i puka ustvrđenost

Potreba razlikovanja između objektivno zahtijevane kvalitete datosti pravno relevantnih činjenica za nastupanje određenih pravnih posljedica od različite kvalitete njihove pravozaštitne utvrđenosti najbolje dolazi do izražaja prigodom uspoređivanja pretpostavaka za donošenje kondemnatorne odluke u usporedbi s onima za određivanje privremenih mjera kada su obje te pravozaštitne mjere zatražene s obzirom na istu tražbinu. Prema primarnoj materijalnoj pravnoj normi, da bi tražbina nastala i postojala, potrebno je (u pravilu) zbiljsko nastupanje određenih pretpostavaka (činjenica) predviđenih tom normom. Da bi sud mogao prihvatiti kondemnatori zahtjev istaknut s obzirom na tu tražbinu, potrebno je da ona postoji i da je (u pravilu) dospjela (*arg. ex 326/1.*). Zato bi za izricanje kondemnacije bilo potrebno da sud sa **sigurnošću** utvrdi: (1) postojanje pretpostavaka uz koje primarna materijalnoj pravna norma veže nastanak tražbine te (2) (u pravilu) njezinu dospelost (*arg. ex 221.a*). Da bi sud, međutim, odredio privremene mjere radi osiguranja neke tražbine, bilo bi dovoljno utvrditi da je **vjerojatno** da ona postoji te (u pravilu) da je **vjerojatna** opasnost da će protivnik osiguranja bez te mjere svojim ponašanjem onemogućiti njezino ostvarenje u budućnosti (*arg. ex 344., 346. OZ*).⁹⁷ Moglo bi se zaključiti: o zbiljskoj, objektivnoj egzistentnosti (nastupanju) pretpostavaka koje predviđa primarna materijalnoj pravna norma ovisili bi nastanak i postojanje tražbine po sebi; o sigurnosti uvjerenja suda o postojanju tih pretpostavaka kao o pravozaštitno relevantnoj razini njihove utvrđenosti ovisio bi njegov stav o postojanju tražbine te o njezinoj dospelosti kao dopunskoj pravozaštitnoj pretpostavci za izricanje kondemnacije; o vjerojatnosti kao dostatnoj pravozaštitnoj razini utvrđenosti (uvjerenosti) suda u postojanje tražbine i opasnosti osujećenja njezina ostvarenja u budućnosti ovisilo bi određivanje privremenih mjera. Sigurnost i vjerojatnost bile bi dvije razine utvrđenosti (uvjerenosti suda) u postojanje bitnih pretpostavaka o kojima bi ovisilo donošenje dviju vrsta njegovih odluka – te bi dvije razine utvrđenosti (uvjerenosti) bile kategorije pravozaštitnog prava, kategorije o kojima bi ovisila različita kvaliteta pravne zaštite koja bi se mogla tražiti i pružiti.

U nekim slučajevima sud je ovlašten odrediti privremene mjere osiguranja i ako predlagatelj ne učini vjerojatnim postojanje tražbine i opasnosti da se bez određivanja privremene mjere ona ne bi mogla ostvariti u budućnosti ili da bi njezino ostvarenje bilo znatno otežano: ako položi (dâ) odgovarajuću jamčevinu (osiguranje) za štetu koja

⁹⁷ Vjerojatnost kod privremenih mjera u pravilu treba biti pretežnija – o argumentima u prilog takva stava usp. DIKA, Građansko ovršno pravo, I., Opće građansko ovršno pravo, 2007., (GOP), 55., 56. Ipak, iznimno, sud bi se mogao zadovoljiti i slabijom razinom vjerojatnosti. Naime, njegov će stav o potrebnoj mjeri vjerojatnosti ovisiti o razini traženog zahvaćanja u pravnu sferu protivnika osiguranja (jedna je razina potrebna ako se stvari oduzimaju, druga ako se ne oduzimaju), o pravnim posljedicama koje će to zahvaćanje imati za njegova prava (o tome je li riječ samo o zabrani otuđenja ili opterećenja – konzervacijske privremene mjere, ili o oduzimanju posjeda, iseljenju, nalaganju plaćanja nečega - anticipacijske privremene mjere), život, o tome je li ili nije dana odgovarajuća jamčevina, itd. (*arg. ex 344., 346., 349. OZ*). Izloženim stavom autor zapravo relativizira (korigira) određenje pojma vjerojatnosti kao pretpostavke za određivanje privremenih mjera kao (nužno) pretežnije vjerojatnosti kako ga je postavio u *supra* navedenog knjizi. O vjerojatnosti kao zahtijevanoj (dostatnoj) mjeri utvrđenosti činjenica, v. *amplius infra ad III.5.-7.*

bi protivniku osiguranja mogla nastati određivanjem i provedbom privremene mjere (349/1. OZ). U tim bi slučajevima bilo dovoljno da predlagatelj ustvrdi postojanje svoje tražbine i navedene opasnosti.

Puka ustvrđenost postojanja određenih procesnopravno relevantnih činjenica bila bi dostatna za ocjenu suda o postojanju pretpostavaka za zasnivanje stanovitih procesnopravnih odnosa. U tim bi slučajevima sud svoj stav o postojanju tih pretpostavaka formirao na hipotezi o istinitosti tvrdnji stranaka i zaključka o njihovoj konkluzivnosti s obzirom na ono što treba utvrditi (hipotetska vjerojatnost) (v. npr. *infra ad* III.8.). On bi pritom uzimao u obzir i okolnost da su radi utvrđivanja činjenica bitnih za donošenje odnosne odluke predloženi odgovarajući dokazi, koji, međutim, ne bi morali biti priloženi odnosno koje sud ne bi morao izvesti. Naime, i puka ustvrđenost u određenim slučajevima može sama po sebi imati određenu razinu uvjerenosti, može dovesti do određene razine uvjerenosti o postojanju nečega pa onda i do utvrđenosti postojanja toga nečega.⁹⁸ Sud bi zapravo, polazeći od pukih navoda stranaka, mogao, primjenjujući na njih na odgovarajući način kriterije po kojima slobodno vrednuje dokaze (8.), formirati svoje uvjerenje o postojanju odgovarajućih pretpostavaka za donošenje svoje odluke.⁹⁹ U tom bi se smislu moglo govoriti o «dokaznoj vrijednosti», uvjerenosti puke ustvrđenosti nečega.

2.3. *Uvjerljivost, uvjerenost, utvrđenost*

Uvjerljivost bi bila podobnost (sposobnost) nekog medija utvrđivanja činjenica da pridonese formiranju stava o postojanju ili nepostojanju nečega na određenoj razini uvjerenosti, dok bi uvjerenost bila subjektivna kvaliteta stava onoga koji bi ga bio ovlašten formirati o postojanju ili nepostojanju nečega na određenoj razini izglednosti, mogućnosti njegove istinitosti.

Utvrđenost bi bila objektivna kvaliteta zaključka onoga koji nešto vrednuje o postojanju ili nepostojanju toga nečega na zahtijevnoj razini izglednosti, mogućnosti njegove istinitosti.

3. *Sigurnost (izvjesnost) kao opća mjera utvrđenosti činjenica*

3.1. *Sigurnost kao opća mjera utvrđenosti činjenica prema normama primarnog materijalnog i pravozaštitnog prava*

Odredba članka 8. ZPP-a prema kojoj će sud **prema svom uvjerenju** odlučiti koje će činjenice uzeti kao dokazane, i to na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog

⁹⁸ U tom smislu, čini se, i JUHART, CPP, 348.

⁹⁹ U prilog tezi da i puka ustvrđenost može imati određenu snagu uvjerenosti govore odredbe prema kojima su stranke u postupku dužne savjesno postupati i govoriti istinu (9), prema kojima zbog povrede te dužnosti - ako ima značenje teže zlouporabe prava - mogu biti i kažnjene; u prilog te teze išao bi i iskustveno verificirani realitet da ljudi pa i stranke u sudskom postupku u pravilu govore istinu, da je nepodudarnost u navodima i iskazima mnogo češće posljedica grešaka u zapažanju i memoriranju, nego svjesne namjere da se iznose neistinite tvrdnje i iskazi. Upravo stoga kriteriji za formiranje slobodne ocjene dokaza (8.) mogu, *mutatis mutandis*, poslužiti i za vrednovanje pukih tvrdnji stranaka.

dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, a i na temelju rezultata cjelokupnog postupka, ostavlja otvorenim pitanje mjere uvjerenosti koja treba biti ostvarena da bi sud smio zauzeti stav o dokazanosti neke činjenice. Kvalitetu uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje neke činjenice do koje sud treba doći dokazivanjem indicira, međutim, odredba članka 221.a ZPP-a, po kojoj će sud o postojanju činjenice koju je utvrđivao zaključiti primjenom pravila o teretu dokazivanja ako je na temelju izvedenih dokaza (8.) ne može (ne uspije) sa **sigurnošću** utvrditi. Zahtijevana bi mjera uvjerenosti, dakle, (u pravilu) bila sigurnost.¹⁰⁰ O vjerojatnosti kao dostatnoj mjeri uvjerenosti u postojanje utvrđivanih činjenica, v. *infra ad* III.5.-7.

Iz članka 221.a treba zaključiti, *arg. a completudine*, da je **sigurnost opća mjera utvrđenosti** neovisno o tome primjenom koje se metode utvrđivanja činjenica do nje treba doći. Kad je riječ o funkcionalno prioritetnijim «formalnim» probatornim metodama utvrđivanja činjenica (primjenom pravila o pravomoćnosti, odnosno o neoborivoj presumptivnoj dokaznoj snazi određenih dokaza), tada se ta mjera postiže (treba postići) primjenom tih metoda. Kad ima mjesta primjeni neprobatornih metoda utvrđivanja činjenica (primjeni pravila o notornosti, pravila o priznanju činjenica, presumptivnih pravila) koje imaju funkcionalnu prednost u odnosu na utvrđivanje činjenica dokazivanjem po pravilima o slobodnoj ocjeni dokaza, tada se ta mjera može postići njihovom primjenom. Međutim, ako se niti jedna od tih metoda ne bude mogla u konkretnom slučaju primijeniti, odnosno ako se njihovom primjenom potrebna mjera utvrđenosti ne postigne, npr. zato što je dovedeno u sumnju da su stvari onakvima kako je to bilo općepoznato, kako su priznate (npr. opozivom danog priznanja) ili zato što je protudokazom dovedena u pitanje potrebna mjera utvrđenosti presumptivne baze, tada se, ako ne bude na raspolaganju neka druga formalna dokazna metoda, potrebna razina utvrđenosti treba postići dokazivanjem prema slobodnoj ocjeni dokaza (8., 221.a). U tom je smislu slobodna ocjena dokaza supsidijarna metoda utvrđivanja činjenica u odnosu na navedene metode. Ako se ni dokazivanjem uz primjenu te ocjene ne postigne potrebna mjera, zaključak o postojanju činjenica formirat će se primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a), svakako ako ne bude mjesta formiranju stava o činjenici koju treba utvrditi po slobodnoj ocjeni (223., 223.a), koju treba razlikovati od slobodne ocjene dokaza.

Pojam **sigurnosti** sučevog uvjerenja također nije zakonski definiran, što znači da je zapravo judikaturi (uz pomoć doktrine) prepušteno da pokuša odrediti značenje toga pojma.¹⁰¹ Judikaturi je (uz pomoć doktrine) u biti prepušteno i određivanje pojma

100 U njemačkom i austrijskom pravu nema odgovarajuće odredbe. Ona je u jugoslavensko pravo bila unijeta Novelom 1990. (SL SFRJ 27/90), a zadržana je i u postjugoslavenskim pravima nakon raspada bivše države.

101 Prema Filozofijskom rječniku, (ur. V. Filipović; autor natuknice Krstić), 1984., 138., 139., izvjesnost ili sigurnost (lat. *certitudo*) je karakteristika stanja svijesti, odnosno doživljaja koji neki sud prihvaća kao posve istinit, nesumnjiv, neprijeporan. Izvjesnost redovito prati sudove koji su očiti (evidentni) sami po sebi ili sazđani na neposrednom iskustvu (neposredna, intuitivna izvjesnost), ali može postojati i za sudove koji su dokazani ili se smatraju dokazanima (posredna, diskurzivna izvjesnost). Iako je doživljaj izvjesnosti psihološki jedinstven, ističe se da se ponekad “subjektivna” izvjesnost vjerovanja razlikuje od “objektivne” sigurnosti znanja; ali i psihološki i metodički treba razlikovati izvjesnost od različitih stanja vjerojatnosti. Citira se, između ostaloga, Kant, prema kome bi izvjesnost imali onda kad “uvidamo da je nemoguće

vjerojatnosti, koji također nije zakonski definiran.

Pri određivanju pojma sigurnosti treba, uvažavajući stavove koji su o tome nuđeni i više-manje prihvaćeni u domaćoj doktrini i judikaturi te na komparativnoj razini, početi od konstatacija:

(1) da norme materijalnog, ali (uz mnogo veća odstupanja) i procesnog prava, redovito uz postojanje ili nepostojanje (a ne možda uz vjerojatnost ili puku mogućnost postojanja ili nepostojanja) određenih činjenica vežu nastupanje stanovitih pravnih posljedica (v. *supra ad III.1.*);

(2) da apsolutnu (matematičku; znanstvenu) sigurnost u postojanje ili nepostojanje činjenica u pravilu nije moguće postići;¹⁰²

(3) da teorijski ponuđena rješenja (u pravilu) računaju s visokom razinom vjerojatnosti (pouzdanosti) zaključka o postojanju ili nepostojanju činjenica, s time da su konkurentno ponuđena tri osnovna pristupa – teorija uvjerenosti u istinitost postojanja objekta utvrđivanja, teorija uvjerenosti u (visoku) vjerojatnost njegova postojanja te teorija uvjerenosti u pretežniju vjerojatnost postojanja toga objekta;

(4) da domaće pravo govori:

(4.1.) o uvjerenju suca koje on formira na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka (8.), ali i

(4.2.) o tome da to uvjerenje treba (u pravilu) biti na razini sigurnosti (*arg. ex 221.a*);

(4.3.) da sud treba obrazložiti svoju ocjenu (338/4.);

(4.4.) da je ta ocjena podložna kontroli (*arg. ex 353/1.2., 355.*), što nužno pretpostavlja (zahtijeva) stanovitu objektiviziranost obrazloženja (argumentacije i ocjenjivanja);

(4.5.) da nedostaci u obrazloženju mogu imati značenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka, osobito ako sud nije uopće obrazložio svoj stav o izvedenim dokazima, ili ako su ti razlozi nejasni i proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama (i, valja uzeti, dokazima) postoji proturječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava, ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih isprava i zapisnika (*arg. ex 354/2.11.*);

(4.6.) da je drugostupanjski sud ovlašten ukinuti presudu prvostupanjskog suda i vratiti tom sudu predmet na ponovno suđenje ako smatra da radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja treba održati novu glavnu raspravu pred prvostupanjskim sudom (370.). Drugostupanjski će sud takvu odluku donijeti kad (opravdano) **posumnja** u to da je prvostupanjski sud pravilno utvrdio kakvu odlučnu činjenicu odnosno kad nađe da je nije utvrdio. Na takav zaključak upućuje odredba po kojoj će drugostupanjski sud presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu kad ustanovi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija, a ni razlozi na koje pazi

da bi spoznaja bila lažna”. Kant očito, ako je valjano citiran, ne razlikuje između neistinitosti i lažnosti.

102 Takva bi se sigurnost eventualno mogla postići u slučajevima u kojima bi neki događaji bili snimljeni kamerama, čija bi tehnička ispravnost bila izvan dvojbe jednako kao i sama snimka; ona bi se mogla postići u određenim slučajevima i neposrednim opažanjem ili provjerama, mjerenjima (predmeta uviđaja), odnosno određenim vještačenjima, npr. genetskog podrijetla.

po službenoj dužnosti (368/1.). Iz te odredbe, naime, proizlazi da drugostupanjski sud – u slučaju u kojemu se prvostupanjska presuda pobija zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja - treba biti uvjeren u to da je činjenično stanje pravilno utvrđeno da bi odbio žalbu. Takav je zaključak sasvim određeno proizlazio iz prijašnje odredbe članka 370. stavka 2. ZPP-a, prema kojoj je drugostupanjski sud bio dužan ukinuti prvostupanjsku presudu i kad stranka nije pobijala presudu zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog **činjeničnog** stanja, ako bi se pri rješavanju o žalbi pojavila **opravdana sumnja** da su činjenice na kojima je utemeljena prvostupanjska presuda pravilno utvrđene, iz odredbe koja je (*per nefas*) Novelom 2003. brisana (umjesto da je prilagođena izmijenjenom uređenju) iz Zakona jer drugostupanjski sud po novome nema više takvih oficijelnih ovlaštenja;

(4.7.) da se standardi postupanja pri izvođenju dokaza, njihova ocjenjivanja, obrazlaganja ujednačavaju kroz praksu („naučeno“, „prilagođeno“ vrednovanje, standardiziranje ocjenjivanja). Pritom valja naglasiti da takvo ujednačavanje ne bi smjelo dovesti do formaliziranja (šabloniziranja) izvođenja i vrednovanja dokaza (sudskom praksom uvedena pravila o «vezanoj» ocjeni dokaza), iako se i takva praksa, koja bi, strogo uzevši, bila protivna Zakonu, teško može izbjeći, već da bi trebalo pridonijeti razvijanju i uvođenju objektivizirani(ji)h kriterija savjesne, brižljive i argumentiranije ocjene dokaza čiji bi rezultati bili izvan razumne sumnje.

Upravo bi se stoga *de lege lata* mogao zastupati stav da bi **sigurnost** kao potrebna mjera uvjerenosti prigodom utvrđivanja postojanja ili nepostojanja činjenica slobodnom ocjenom dokaza bila postignuta kad bi sudac o onome što treba utvrditi stekao **uvjerenje koje bi isključivalo razumnu (opravdanu) sumnju u njegovu pravilnost**. Pritom bi pojam razumne sumnje trebalo shvatiti, najprije, kao razumnu sumnju sudećeg suca, ali i kao razumnu sumnju onih koji su ovlašteni kontrolirati pravilnost sučeva uvjerenja, dakle, u pravilu sudaca višega stupnja koji odlučuju u povodu pravnih lijekova protiv donesene odluke zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 370.), kojima u tome mogu pomoći i stranke iznoseći odgovarajuću argumentaciju u svojim pravnim lijekovima. Prije Novele 2003.¹⁰³ moglo se u Zakonu pronaći izravno uporište za takav stav. Naime, prema *supra* već citiranoj prijašnjoj odredbi članka 370. stavka 2. ZPP-a, odredbi koja je tom novelom bila brisana u sklopu opće reforme mogućnosti iznošenja novota u žalbenom postupku, drugostupanjski je sud bio ovlašten *ex officio* ukinuti pobijanu presudu ako bi **opravdano** posumnjao u pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja.

Sudac bi svoje uvjerenje o činjenicama koje bi utvrđivao formirao koristeći svoje iskustvo specijaliste za utvrđivanje činjenica primjenom odgovarajućih procedura, iskustvo koje bi bilo kombinacija onoga što je naučio tijekom pripreme za obavljanje posla suca i osobnog iskustva koje je stekao u praksi, koje bi svakako uključivalo i (naučene, «nametnute») opće standarde pravosudne zajednice u kojoj djeluje o vrednovanju dokaza, između ostaloga na temelju rezultata kontrole njegova rada u pojedinim slučajevima u povodu pravnih lijekova.¹⁰⁴ U tom bi smislu Faschingov stav

¹⁰³ NN 117/03.

¹⁰⁴ Standardi vrednovanja dokaza razvijeni (prihvaćeni, stabilizirani) u pravosudnoj zajednici redovito bi odgovarali onima koji bi se, objektivno uzevši, mogli smatrati najprimjerenijima

da bi, pored osobnog životnog, iskustvo suca i specijalnog znanja koje je stekao, treća komponenta slobodnog sudačkog uvjerenja bila njegova ograničenost prosječnim iskustvenim i znanstvenim blagom razumnih ljudi našeg životnog kruga,¹⁰⁵ bilo tek uvjetno moguće prihvatiti – u mjeri u kojoj bi ta prosječnost odgovarala standardima prihvaćenim u pravosudnoj zajednici. Naime, ako se prihvati realitet da je u pojedinom slučaju «istina» o činjenicama koje treba utvrditi ono o čemu su se u bitnome „suglasili” prvostupanjski i drugostupanjski sud - prvostupanjski „nuđenjem“ (u obliku obrazložene odluke) rezultata do kojega je došao izvođenjem i ocjenjivanjem dokaza, drugostupanjski zauzimanjem stava o tim rezultatima kontrolom uvjerljivosti njihova obrazložjenja u povodu žalbe, kod definiranja razumne sumnje treba poći od razumne sumnje sudaca koji sude, a ne od razumne sumnje prosječnih građana. Po prirodi stvari suci imaju (trebali bi imati) mnogo izoštreniji intelektualni (osobito psihološki) instrumentarij vrednovanja dokaza od prosječnih razumnih ljudi.¹⁰⁶

Slobodno vrednovanje dokaza znači također da je sudac vezan samo svojim osobnim uvjerenjem o istini. Stoga, ako drugostupanjski sud smatra da to uvjerenje nije pravilno, nije ovlašten - u odluci kojom će ukinuti pobijanu presudu i predmet vratiti na ponovno suđenje - naložiti prvostupanjskom sudu kako treba vrednovati određene dokazne rezultate, već samo odrediti radnje koje treba izvesti i sporna pitanja koja treba raspraviti (377/1.). Ako bi drugostupanjski sud htio odstupiti od ocjene prvostupanjskog suda, morao bi sam ponoviti dokazivanje (373.b, 373.c).¹⁰⁷

¹⁰⁸ Drugostupanjski bi sud, ipak, mogao izreći svoj stav da bi određeni dokaz trebalo

za postizavanje svrhe kojoj su namijenjeni u određenoj društvenoj zajednici organiziranoj kao pravna država. Riječ je o standardima koje prihvaćaju osobe specijalizirane za obavljanje pravosudne djelatnosti, osobe redovito visokog profesionalnog integriteta, čija razina obrazovanja, stručnosti i iskustva jamči u pravilu natprosječnu osposobljenost za obavljanje te djelatnosti, uključujući i za slobodno vrednovanje dokaza.

¹⁰⁵ ZPR, 432. U vezi s izloženim stavom teško se oteti dojmu da je on opterećen «demokratskim sindromom» (upućivanje na prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi), koji je u ovom kontekstu nepotreban, naivan, jer kako će, naime, sudac u pojedinim slučajevima utvrditi što je to prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi našeg životnog kruga, i neprocesualistički, jer ne odgovara pravnom uređenju i praktičnom ostvarenju te ocjene. V. narednu bilj.

¹⁰⁶ Standard “prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi našeg životnog kruga” nije zakonski pravni standard, on bi mogao biti standard, tzv. sudačkog prava. Pritom bi pri utvrđivanju njegova sadržaja nesavladive poteškoće izazivala nemogućnost da se odredi značenje njegovih pojedinih pojmovnih sastavnica. Po prirodi stvari, čak i kad bi se takav standard nametnuo kao sudačkom standard, suci bi bili ovlašteni odrediti njegov sadržaj. Takav bi standard bio neprihvatljiv i zbog toga što sudac ne bi smio reći da je o određenoj činjenici formirao stav prema prosječnom iskustvenom i znanstvenom blagu razumnih ljudi našeg životnog kruga, iako bi prema njegovom boljem iskustvu i/ili znanju zaključak o toj činjenici trebao biti drukčiji. O prosječnosti spoznajne sposobnosti razumnih ljudi moglo bi se samo uvjetno govoriti u sustavima u kojima bi činjenice utvrđivale porote sastavljene od “prosječnih” građana.

¹⁰⁷ U tom smislu za austrijsko pravo i FASCHING, ZPR, 433.

¹⁰⁸ Novelom 2011 (NN 57/11) omogućeno je drugostupanjskom sudu da – bez provođenja rasprave - reformira pobijanu prvostupanjsku presudu ako prema stanju spisa nađe da je bitne činjenice moguće utvrditi i na temelju isprava i izvedenih dokaza koji se nalaze u spisu, neovisno o tome je li prvostupanjski sud prigodom donošenja svoje odluke uzeo u obzir i te isprave odnosno

vrednovati prema slobodnoj, a ne vezanoj ocjeni ili obrnuto. Bila bi riječ o stavu o kriterijima vrednovanja, dakle o pravnom, a ne o činjeničnom pitanju.

U slučajevima u kojima bi drugostupanjski sud sam izravno izvodio i ocjenjivao dokaze (373.c), „istina“ bi u pravilu bilo ono do čega bi on došao izvođenjem i ocjenjivanjem dokaza. U tom bi slučaju uloga revizijskog suda bila reducirana na kontrolu takvih nedostataka u obrazloženju utvrđenja činjeničnog stanja zbog kojih se presuda ne bi mogla ispitati (*arg. ex* 354/2.11., 385/1.1.).¹⁰⁹

Uloga stranaka bi tijekom prvostupanjskog postupka bila u tome da sudjelovanjem u pribavljanju dokaza i u njihovu izvođenju te eventualno u raspravljanju o rezultatima provedenog dokazivanja pridonese njihovu što pravilnijem vrednovanju. U stadiju pravnih lijekova njihova bi uloga bila poticajno-kontrolna: stranke bi izjavljivanjem pravnih lijekova i njihovim obrazlaganjem argumentirale moguće razloge za formiranje razumne sumnje u pravilnost uvjerenja suda koji je donio odluku, odnosno za reformiranje tog uvjerenja.

Ključni se problem kod slobodne ocjene dokaza zapravo često svodi na pitanje kako da se ono što je (često puta) intuitivno naslućeno (spoznato) prevede na jezik racionalne argumentacije.

3.2. Sigurnost kao osnova za donošenje procesnih odluka

Kad donosi procesne odluke kojima se postupak okončava (pred određenim sudom), npr. odluke o odbacivanju tužbe zbog nedostatka (nekih) procesnih pretpostavaka, sud bi u načelu činjeničnu premisu za njihovo donošenje trebao utvrditi na razini **sigurnosti**. U tom smislu sud je dužan nakon prethodnog ispitivanja tužbe po službenoj dužnosti (i svakako u povodu prigovora tuženika)¹¹⁰ donijeti do pravomoćnog okončanja spora rješenje kojim će ukinuti provedene radnje i odbaciti tužbu ako utvrdi da za rješavanje spora nije nadležan sud u Republici Hrvatskoj – zato jer je nadležno neko drugo domaće tijelo ili jer je (u sporovima s međunarodnim obilježjem) isključena nadležnost toga suda (*arg. ex* 16/1.-3.). Ipak, ako utvrdi da za rješavanje spora nije nadležan sud u Republici Hrvatskoj, on neće tako postupiti u slučajevima u kojima nadležnost suda u Republici Hrvatskoj ovisi o pristanku tuženika, a tuženik je dao svoj pristanak (16/3.). Sud bi na istoj razini trebao utvrditi postojanje razloga za odbacivanje tužbe u drugim slučajevima u kojima je na to ovlašten (*usp.*, npr., 109., 186.a, 186.c, 194/3., 282., 288., 333/2., 369., 394.).¹¹¹

izvedene dokaze. Ta je mogućnost zapravo jedan od niza odstupanja o načela neposrednosti koja su u parnični postupak sukcesivno uvedena posljednjih desetak godina. To odstupanje svakako dopunski relativizira značenje slobodne ocjene dokaza kao instrumenta za otkrivanje istine u parničnom postupku.

109 Upravo bi stoga bilo teško isključiti mogućnost da revizijski sud svoje ovlaštenje da kontrolira ima li presuda nedostatke zbog kojih se ne može ispitati počne koristiti i za ispitivanje prihvatljivosti razloga kojima je drugostupanjski sud obrazložio svoje utvrđenje činjeničnog stanja.

110 Budući da je sud dužan *ex officio* oglasiti se apsolutno nenadležnim sve do pravomoćnosti odluke, on bi takvu odluku zapravo mogao donijeti i u povodu inicijative tužitelja.

111 Slično TRIVA-DIKA, GPPP, 481. Prema POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 233., uvjerenje u istinitost kao intenzitet dokazanosti moralo bi biti dostignuto u pravilu u pogledu procesne pretpostavke

Sud se po službenoj dužnosti može oglasiti stvarno nenadležnim, a mjesno jer što postoji isključiva takva nadležnost nekog drugog suda i ustupiti predmet nadležnom sudu nakon pravomoćnosti rješenja - najkasnije do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (17/1., 20/2., 21/1.). On se može oglasiti stvarno i mjesno nenadležnim i u povodu prigovora tuženika koji je podnesen najkasnije do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (17/2., 20/1., 21/1.). Da bi se mogao naknadno oglasiti nenadležnim i u navedenim slučajevima, sud bi činjenice na kojima bi utemeljio takvu odluku bio dužan utvrditi na razini sigurnosti. Naime, odredbe koje predviđaju takvu njegovu reakciju zahtijevaju od njega da utvrdi da nije nadležan za rješavanje spora bez ikakvih daljnjih relativizacija, zbog čega bi u tim slučajevima trebalo primijeniti opće pravilo o utvrđivanju relevantnih činjenica.

Iz okolnosti da bi sud mogao otkloniti svoju nadležnost samo kad bi bio siguran da nije nadležan, trebalo bi zaključiti da bi u slučaju dvojbe je li nadležan trebalo uzeti da jest. Drukčiji stav mogao bi dovesti do uskraćivanja prava na slobodan pristup sudu.

Kad je riječ o procesnim odlukama kojima se postupak ne okončava, trebalo bi od slučaja do slučaja ocjenjivati koja bi razina utvrđenosti bila mjerodavna. Ako protiv nekih takvih odluka žalba nije dopuštena, ako su, dakle, nekontrolabilne, sud ih zapravo može diskrecijski donositi, osobito stoga što Zakon u takvim slučajevima redovito njemu prepušta kako će odlučiti („sud može“). U slučajevima u kojima Zakon prepušta sucu da ocijeni treba li i kakvu odluku donijeti, ali ipak odluku protiv koje bi bila dopuštena žalba, on bi takvu odluku bio dužan obrazložiti (378.). U takvim bi slučajevima redovito bilo dovoljno da se činjenične pretpostavke za njezino donošenje utvrde na razini vjerojatnosti (različitog stupnja). V. *infra ad* III.-7.

3.3. Odnos «objektivne istine» i sučeva uvjerenja

Stav da je ljudska spoznaja istinita ako odgovara objektivnoj stvarnosti¹¹² jest zapravo apstraktna, u biti neprocesualistička teorijska konstrukcija. S aspekta procesa tvrdnja stranaka o nekoj činjenici ili teza samoga suda o tome je istinita ako odgovara zaključku do kojeg je sud došao o postojanju ili nepostojanju objekta te tvrdnje odnosno teze: činjenice. Svoj stav o istinitosti tvrdnje stranaka ili vlastite teze sud formira na temelju svog utvrđenja o postojanju ili nepostojanju činjenice koje se one tiču. Neposredna zadaća suda, međutim, nije (kako se inače tvrdi)¹¹³ provjeriti jesu li tvrdnje stranaka istinite, već utvrditi postoji li ili ne postoji ono za što je ustvrđeno da postoji ili ne postoji. Tvrdnja o postojanju ili nepostojanju činjenica tek je inicijativa, povod da se činjenice utvrde. Sud se ne izjašnjava o istinitosti tvrdnji već o postojanju ili nepostojanju onoga za što je ustvrđeno da postoji ili ne postoji, a što je utvrđivao smatrajući da je pravno relevantno. Tek posredno, izjašnjavajući se o postojanju ili

kad se postavi pitanje je li ispunjena. JUHART, CPP, 348., je čini se, smatrao da je vjerojatnost kao dokazna mjera općenito dostatna kad se utvrđuju „*dejanska stanja procesnega prava*“.

112 Usp.: JUHART, CPP, 52., 53., 67; TRIVA-DIKA, GPPP, 159., 160.; UDE, CPP, 115.; WEDAM-LUKIĆ, Vloga sodišća in strank pri zbiranju procesnega gradiva, Podjetje in delo, 6-7/1998., 988.; ZOBEC, PP ZK, 3., 328. bilj. 917.

113 TRIVA-DIKA, GPPP, 480.

nepostojanju činjenica koje je utvrđivao, sud se izjašnjava o istinitosti tvrdnji koje su o njima iznesene. Zato sud svoje utvrđenje o postojanju ili nepostojanju činjenica ne uspoređuje s objektivnom stvarnošću, jer to ne može učiniti, to bi značilo da može odvojeno od tog utvrđenja utvrditi ili da znade što je (kakva je) objektivna stvarnost. On samo može reći da je više ili manje uvjeren u postojanje ili nepostojanje onoga što je utvrđivao. Bila bi riječ o jednom subjektivnom uvjerenju čiju se istinitost tek uvjetno može dovesti u pitanje – u mjeri u kojoj se može pobuditi sumnja kod onoga koji je ovlašten kontrolirati pravilnost toga uvjerenja, odnosno u mjeri u kojoj je kontrolor čije je utvrđenje mjerodavnije drukčije sam utvrdio činjenično stanje. U tom slučaju u konkurenciji dvaju utvrđenja nije mjerodavno utvrđenje koje je objektivno istinitije (jer se to ne može pouzdano utvrditi), već ono do kojega je došao sud čije je utvrđenje u slučajevima takve konkurencije pravno mjerodavnije, a to je utvrđenje kontrolora, npr. drugostupanjskog suda nakon provedene drugostupanjske rasprave. Kriterij za razrješenje sukoba, konkurencije različitih utvrđenja zapravo je pravni. Tu, dakle, nije mjerodavna snaga argumenata sama po sebi, već snaga autoriteta koji stoji iza određenog utvrđenja. Snagu argumenata morao bi ocjenjivati netko treći, a tome u suđenju, iz razloga procesnopravnog oportuniteta, ekspeditivnosti, ekonomije nema mjesta. Ipak, s obzirom na (veću ili manju) standardiziranost načina utvrđivanja činjenica izvođenjem dokazivanja u praksi, dakle, standardiziranost ispitivanja dokaznih sredstava i ocjene dokazne snage izvedenih dokaza, zbog čega (u pravilu) neće biti bitnih razlika u rezultatima utvrđivanja činjenica koje provode prvostupanjski i drugostupanjski sud, te redovno veću kvalificiranost u tome kontrolnih sudova kad sami neposredno izvedu dokaze radi utvrđivanja činjenica, ili kad svoj stav o njima formiraju na temelju stanja spisa u slučajevima u kojima su na to ovlašteni, redovito će pravno mjerodavnije utvrđenje biti i objektivno pravilnije.

Kontrola pravilnosti utvrđivanja činjenica bila bi zapravo kontrola:

(1) načina prikupljanja informacija o činjenicama: inicijative za utvrđivanje određenih činjenica, izbora i primjene različitih metoda utvrđivanja činjenica, a kad se činjenica utvrđuju dokazivanjem, inicijative za izvođenje određenih dokaza, načina njihova pribavljanja i izvođenja te ocjene njihove dokazne snage, kao i

(2) zaključivanja na temelju prikupljenih informacija: kontrola argumentacije, intelektualne operacije kojom se došlo do zaključka o činjenicama.

Sudac ne percipira izravno pravno relevantne činjenice koje treba utvrditi, osim iznimno kad su takve činjenice same po sebi objekt uviđaja, već o njima zaključuje na temelju posredno dobivenih informacija, pri čemu je to zaključivanje dvojako pravno uvjetovano:

(1) pravo propisuje koji se elementi složene stvarnosti trebaju utvrditi (pravno relevantne činjenice) da bi se moglo ocijeniti jesu li ili nisu ispunjene pretpostavke za nastanak određene pravne situacije i za izricanje tražene pravozaštitne mjere s obzirom na tu situaciju. Pritom, ono što se utvrđuje kao element objektivne stvarnosti treba utvrditi u pravno kvalificiranom obliku, npr. je li određena izjava imala značenje ponude, prihvata, priznanja, može li se određeno ponašanje kvalificirati kao namjerno, nepažljivo, slučajno, itd.;

(2) put kojim se dolazi do utvrđenja pravno relevantnih činjenica je pravno

uređen i time pravno posredovan: da bi došao do «istine», sud smije primijeniti samo metode njezina «otkrivanja» predviđene zakonom, postupajući pritom na zakonom propisani način i vrednujući rezultate do kojih će time doći primjenom zakonom utvrđenih kriterija.¹¹⁴

4. Općenito o vjerojatnosti kao mjeri utvrđenosti činjenica

4.1. Određenje pojma

Vjerojatnost znači uvjerenost u mogućnost postojanja, nastupanja nečega u prilog koje mogućnosti govore određeni argumenti koji je čine više ili manje izglednom, ostvarljivom, dakle takvu uvjerenost u nešto koja ne isključuje razumnu sumnju u mogućnost postojanja, nastanka nečeg drugog.¹¹⁵ Takvo određenje toga pojma obuhvaća vrlo široku skalu mogućnosti postojanja, nastupanja nečega, zbog čega bi se moglo govoriti i o različitim stupnjevima vjerojatnosti.

Vjerojatnost postojanja ili nepostojanja, zapravo češće mogućnost (različitog stupnja izglednosti različitog od sigurnosti) nastanka ili prestanka postojanja određenih činjenica može imati značenje dostatne razine njihove utvrđenosti prema normi primarnog materijalnog prava, pravozaštitnog materijalnog prava te procesnog prava. Riječ je o slučajevima u kojima navedena prava uz vjerojatnost postojanja ili nepostojanja odnosno nastanka ili prestanka postojanja nekih činjenica (dakle ne uz njihovo postojanje ili nepostojanje) vežu nastupanje određenih pravnih posljedica.

Takva vjerojatnost redovito neće biti vjerojatnost koja graniči s izvjesnošću jer je takva vjerojatnost potrebna kad neke činjenice treba utvrditi na razini sigurnosti kakvu zahtijevaju zastupnici teorije uvjerenosti u istinitost (subjektivisti). U pravilu takva vjerojatnost neće biti ni vrlo visoka vjerojatnost za koju se opredjeljuju zastupnici uvjerenosti u vjerojatnost (objektivisti). Bit će riječ ili o pretežnijoj vjerojatnosti (eventualno različitog intenziteta) ili nekom slabijem stupnju mogućnosti postojanja ili nepostojanja nečega. Od vjerojatnosti bi trebalo razlikovati puku ustvrđenost (i time mogućnost) postojanja ili nepostojanja nečega, koja je samo iznimno dostatna u određenim slučajevima, redovito uz ispunjenje drugih nadomjesnih pretpostavaka.

U hrvatskoj se doktrini, međutim, zastupa stav da je vjerojatnost uvjerenje «*da ima više argumenata u prilog uvjerenju o postojanju relevantne činjenice nego onih koji govore protiv*», stav koji se, u biti, potvrđuje i njegovom daljnjom razradom: «Stupanj vjerojatnosti izražen odnosom povoljnih i nepovoljnih razloga ne mora biti uvijek jednak. Njegova intenzivnost trebala bi rasti u razmjeru s važnošću radnja koje treba poduzeti, s obzirom na stadij postupka u kojemu se o određenom procesnom pitanju raspravlja i odlučuje te s obzirom na težinu procesnopравnih posljedica koje se nadovezuju na utvrđenje da određene činjenice postoje ili da ih nema. Tako bi, npr.,

¹¹⁴ Slično, čini se, i ZOBEC, PP ZK, 3., 329.

¹¹⁵ Prema Filozofijskom rječniku, cit., 352., vjerojatnost (lat. *probabilitas*) je srednji stupanj izvjesnosti koji leži između potpune izvjesnosti da će nešto nastupiti i da mora nastupiti i puke mogućnosti. Vjerojatnost se sastoji u očekivanju da će se nešto dogoditi s obzirom na dosadašnje iskustvo, ali ne isključuje da se to ne dogodi, odnosno da ne nastupi nešto drugo od očekivanog.

pri utvrđivanju činjenica koje su relevantne za postojanje, tzv. negativnih procesnih pretpostavaka (...) te drugih činjenica o kojima ovisi odluka o odbacivanju istaknutog zahtjeva trebalo postići stupanj izvjesnosti uvjerenja o njihovom postojanju. Dok bi sudu trebalo dopustiti da već na uvjerenju o blagom stupnju vjerojatnosti zasniva svoju konkludentno izraženu odluku o postojanju pretpostavaka za nastavak postupka (do dokaza o protivnom), trebalo bi da taj isti sud gradi svoju odluku o prigovoru stranke upravljenom na osporavanje određenih procesnih pretpostavaka na uvjerenju o višem, a ponekad i visokom stupnju vjerojatnosti da određene činjenice postoje ili da ih nema.”¹¹⁶ Izloženi stav o vjerojatnosti kao razini utvrđenosti kod koje je uvjerenost u postojanje nečega veća od uvjerenosti u njegovo nepostojanje nije u skladu s nizom odredaba Zakona kojima se uređuju slučajevi u kojima se odlučuje na temelju vjerojatnosti (v. III.7.).

Vjerojatnost koja se traži za utvrđivanje neposredno relevantnih činjenica bila bi, *argumento a maiori ad minus*, dostatna i za utvrđivanje indicija na kojima se to utvrđenje temelji.

4.2. O vjerojatnosti u domaćem pravu

Pojam vjerojatnosti u hrvatskom parničnom pravu nije zakonski posebno definiran. Prema jednom od rijetkih pokušaja zakonskoga određivanja pojma vjerojatnosti uopće u hrvatskom pravu, uzimalo se da su činjenice i okolnosti učinjene vjerojatnima ako nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju (162. ZOUP 91).¹¹⁷ U navedenoj je definiciji pojam vjerojatnosti bio dvojako određen - prvo, negativno - kao stupanj uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje nečega koji nema kvalitetu (potpune) dokazanosti; drugo, pozitivno i funkcionalno - kao ona uvjerenost u postojanje ili nepostojanje nečega do koje se došlo posredno, na temelju indicija, neovisno o kvaliteti same uvjerenosti. Funkcionalno bi određenje impliciralo stav da se na temelju indicija ne bi mogla postići, tzv. potpuna dokazanost. Iz te definicije, međutim, ne bi proizlazilo da bi se o vjerojatnosti moglo govoriti samo kada bi stupanj uvjerenosti u postojanje neke činjenice bio viši od stupnja uvjerenosti u njezino nepostojanje, dakle kada bi teza o postojanju nečega bila vjerojatnija od teze o njegovom nepostojanju.

Prema odredbi § 370. ZSPGP 29, za utvrđivanje vjerojatnosti vrijedila su tri osnovna pravila. Prvo, za to su mogla poslužiti sva dokazna sredstva predviđena tim

¹¹⁶ TRIVA-DIKA, GPPP, 481. U citiranom tekstu kao da se, ipak, dopušta da bi se vjerojatnošću mogli smatrati i neki stupnjevi uvjerenosti koji bi bili slabiji od tzv. pretežnije vjerojatnosti. Slično je, s aspekta bivšeg jugoslavenskog prava, JUHART, CPP, 54., vjerojatnost definirao kao takvu podudarnost predodžbe s činjenicama kod koje su razlozi za istinitost predodžbe jači i brojniji od razloga koji govore za njezinu neistinitost. Takav je stav o vjerojatnosti (pod utjecajem svojih učitelja) zapravo zastupao i autor ovog djela u knjizi GOP, OOP, I., § 14/6.2.

¹¹⁷ Takvo je određenje pojma vjerojatnosti zapravo zadržano i u važećem ZOUP-u: službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar u postupku koji je pokrenut na zahtjev stranke kad je propisano da se stvar može riješiti na temelju činjenica ili okolnosti koje nisu **potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju pa su činjenice ili okolnosti učinjene vjerojatnima**, a iz svih okolnosti slučaja proizlazi da se zahtjevu stranke može udovoljiti (50.2. ZOUP 09).

zakonom, osim dokaza saslušanjem stranaka. Drugo, dokazi koje se nije moglo odmah izvesti (tzv. likvidni dokazi) nisu bili pogodni za to da se nešto učini vjerojatnim. Treće, samo izvođenje dokazivanja nije bilo vezano uz posebne propise o dokaznom postupku. Iz navedenih je pravila moguće zaključiti da je pojam vjerojatnosti bio tek posredno dokazno-proceduralno determiniran – do vjerojatnosti se moglo doći korištenjem određenih i to likvidnih dokaznih sredstava čije je izvođenje bilo deformalizirano. Sam pojam vjerojatnosti takvim uređenjem nije bio određen.

U pogledu vrste dokaza koji su mogli poslužiti za utvrđivanje vjerojatnosti u dijelu se ranije jugoslavenske doktrine utemeljenoj na ZPP 76 i ZIP 78 smatralo da bi navedena pravila ZSPGP 29 u osnovi trebalo prihvatiti i s obzirom na tada važeće procesno pravo. Čini se, međutim, opravdanim prigovor da razloga za diskriminaciju dokaza saslušanjem stranaka nije bilo, da bi se, čak štoviše, iz pravila o utvrđivanju vjerojatnosti u upravnom postupku, koja ne predviđaju takvo ograničenje, *argumento per analogiam*, mogao izvesti protivan zaključak.¹¹⁸ Tu bi argumentaciju bilo moguće prihvatiti i s obzirom na važeće parnično pravo.

U načelu bi trebalo otkloniti i zahtjev iz ZSPGP 29 da se vjerojatnost može utvrđivati samo korištenjem, tzv. likvidnih dokaza. Ipak, na izvođenje bi takvih dokaza upućivali razlozi procesne ekonomije i ekspeditivnosti. Odstupanje od standardnih zahtjeva koji se tiču vremena, mjesta i načina izvođenja dokaza radi utvrđivanja vjerojatnosti, deformaliziranost procedure njihova izvođenja nameće se samo po sebi – niža razina utvrđenosti i redovito niža razina rizika koji bi se preuzimali u slučajevima u kojima bi za donošenje odgovarajućih odluka bila dostatna ta razina utvrđenosti, opravdavali bi to odstupanje. To bi osobito vrijedilo u slučajevima za koje bi se odgovarajuće uporište moglo pronaći i u samom Zakonu (v. III/7.). U tom bi se smislu kao dokaz mogle koristiti pisane izjave mogućih svjedoka, pisane ekspertize kvalificiranih osoba koje bi angažirale same stranke, takve izjave samih stranaka - eventualno javnobilježnički ovjerovljene; kao dokaz bi se mogle koristiti i snimke koje bi pripremila jedna od stranaka; nalaz i mišljenje vještaka koje bi angažirao sud mogli bi biti sasvim provizornog karaktera, s težištem na ocjeni o vjerojatnosti postojanja nekih činjenica; zahtjevi u pogledu indicijskoga zaključivanja bili bi bitno blaži; sud bi mogao mnogo elastičnije primijeniti odredbu o utvrđivanju činjenica po slobodnoj ocjeni, itd.^{119 120}

118 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 482.

119 Mogao bi se, međutim, zastupati i stav prema kome bi se, onda kad to ne bi dopuštala posebna pravila, u načelu do odgovarajućeg stupnja vjerojatnosti smjelo doći samo primjenom istih onih metoda utvrđivanja činjenica koje su predviđene i za utvrđivanje činjeničnih pretpostavaka na razini sigurnosti, osobito u slučajevima u kojima bi se vjerojatnost javljala kao mjerodavna razina uvjerenosti prema pravilima primarnog materijalnog i pravozaštitnog prava (v. *infra ad* III/6.). Zbog toga bi samo u slučajevima za koje bi to bilo izrijeком predviđeno (te u njima analognim slučajevima), redovito u slučajevima u kojima bi odluke trebalo donositi primjenom normi procesnog prava, bilo moguće do odgovarajuće razine vjerojatnosti doći odstupanjem od standardnih metoda utvrđivanja činjenica (v. *infra ad* III/6., 7.).

120 U načelu bi se svi ti deformalizirani dokazi mogli predložiti, priložiti i izvesti i u redovnom dokaznom postupku – u kojemu bi njihova dokazna vrijednost bila podložna slobodnoj prosudbi suda (8.).

4.3. O neprihvatljivosti pretežnije vjerojatnosti kao opće mjere utvrđenosti činjenica

Tzv. pretežnija vjerojatnost, standard koji odgovara pravnim sustavima *common law* (i skandinavske) tradicije, ne bi se *de lege lata* (još uvijek) smjela (eksplicitno) prihvatiti kao opći i osnovni kriterij za formiranje sudačkog uvjerenja jer:

(1) norme mjerodavnog prava koje uređuju pravne situacije u povodu kojih treba pružiti pravnu zaštitu odnosno donijeti odgovarajuće odluke redovito uz postojanje ili nepostojanje određenih činjenica vežu nastupanje pravnih posljedica u povodu kojih tu zaštitu treba pružiti. Stoga bi (sve dok se to pitanje izrijeком pravozaštitnim normama drukčije ne uredi) i uvjerenje suda o postojanju tih bitnih činjeničnih pretpostavaka trebalo biti na odgovarajućoj razini – sudac bi trebao biti uvjeren da su propisane pretpostavke zbiljski ispunjene (v. *supra ad III/1-3.*);

(2) za to nedostaje zakonskog uporišta – pretežnija vjerojatnost izvan dvojbe nije **sigurnost** kao zakonski postulirana osnovna razina uvjerenosti (*arg. ex 8., 221.a*);

(3) prihvaćanjem toga kriterija, u građanskopravnim bi se stvarima odstupilo od (impliciranog) načela (od koga postoje iznimke) da nitko nije dužan (odgovoran) sve dok mu se to (sigurno) ne dokaže, načela koje bi korespondiralo, *mutatis mutandis*, načelu kaznenog procesnog prava da nitko nije kriv dok mu se to ne dokaže (predmnjeva nedužnosti);

(4) zamjenom sigurnosti kao zakonski postulirane mjere utvrđenosti (dokazanosti) bitno bi se izmijenilo i praktično značenje pravila o teretu dokazivanja. Ta se pravila više ne bi primjenjivala u slučajevima u kojima se sa sigurnošću ne bi uspjelo utvrditi neku činjeničnu pretpostavku, već kad bi bilo podjednako vjerojatno da ono što treba utvrditi postoji ili ne postoji;

(5) bi se smanjenjem zahtjeva u pogledu razine uvjerenosti pogodovalo „opuštanju“ sudaca prigodom utvrđivanja činjeničnog stanja, „omekšavanju“ njihove odgovornosti u utvrđivanju toga stanja, itd.

Nije, međutim, moguće previdjeti tendenciju u postupnom „otvaranju“ procesne teorije, ali i zakonodavstva, pa i (na komparativnoj razini) sudske prakse prema takvom rješenju. Tome u prilog govori najprije okolnost da se zakonski postulirana sigurnost u doktrini (opravdano) i (austrijskoj) sudskoj praksi eksplicitno sasvim određeno izjednačava s vrlo visokim stupnjem vjerojatnosti, što je u biti povezano s napuštanjem dogme o mogućnosti utvrđivanja materijalne istine, izvjesnosti kao kriterija za utvrđivanje činjeničnog stanja, s napuštanjem teorije korespondencije – njezine baze kao stava o nužnosti i mogućnosti spoznaje istine, ali i s prihvaćanjem realiteta da instrumenti koji sudu stoje na raspolaganju za postizavanje toga cilja nisu savršeni, odnosno sa spoznajom da je slobodna ocjena kao instrument za otkrivanje istine ograničena u pogledu primjene (supsidijarnost) i u pogledu predmeta (samo u pogledu činjenica koje nisu utvrđene drugim funkcionalno prioritetnijim metodama). Tome, dalje, u prilog govori i potreba funkcionaliziranja procedure, olakšanja formiranja stava o činjeničnom stanju.

Razmatranje pravnofilozofskih premisa u prilog doktrine o pretežnijoj vjerojatnosti kao kriteriju za formiranje sučeva uvjerenja o postojanju ili nepostojanju činjenica koje treba utvrditi nadilazi ambicije ovog pozitivnopravno orijentiranog

rada.

Promjena u traženim standardima utvrđivanja činjenica svakako bi bila praćena i bitno drukčijim ishodima sporova u praksi. Mnogi sporovi koji se sada gube zato što se u njima nije dokazalo na razini sigurnosti (visoke vjerojatnosti) postojanje pretpostavaka o kojima ovisi prihvaćanje tužbe, odnosno prigovora protivne stranke, u izmijenjenim bi se uvjetima dobivali: bilo bi, naime, često lakše dokazati pretežniju vjerojatnost postojanja tih pretpostavaka od sigurnosti ili visoke vjerojatnosti njihova postojanja.

5. *Vjerojatnost kao zahtijevana mjera utvrđenosti činjenica prema pravilima primarnog materijalnog prava*

5.1. *Općenito*

U određenim slučajevima norme, tzv. primarnog materijalnog prava, dakle prava koje uređuje odnose između pravnih subjekata izvan postupaka, za ostvarivanje pravne zaštite u vezi s tim odnosima, nastanak, promjenu ili prestanak nekog izvanprocesnog odnosa, prava ili obveze uvjetuju vjerojatnošću nastupanja ili prestanka postojanja određenih činjenica. Riječ je, npr., o slučajevima u kojima prijeti opasnost nastupanja nekih štetnih posljedica (v. *infra ad* 5.2.) ili predvidivost njihova nastupanja (v. *infra ad* 5.3.), odnosno o slučajevima u kojima za sudionike u pravnim odnosima nastaju određena potestativna prava zato što postoji (ozbiljna) mogućnost da se nešto neće dogoditi u budućnosti (v. *infra ad* 5.4.), itd. U takvim će slučajevima naznačena stanja u pravilu indicirati **vjerojatnost** nastupanja neke štetne posljedice, dakle ne i nužnost (sigurnost) njezina nastupanja; u njima će, ponekad, neke od pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka biti potrebno utvrditi na razini sigurnosti (npr. postojanje onoga što je navodni izvor opasnosti, postojanje ugroženog pravnog odnosa), a samo neke na razini vjerojatnosti (postojanje ozbiljne opasnosti, stanja ugroženosti, mogućnosti neispunjenja, itd.). Pritom neće nužno morati biti riječ o mogućnosti nastupanja neke štetne posljedice koja je izglednija od mogućnosti njezina nenastupanja (pretežnija vjerojatnost)¹²¹ - u nekim će slučajevima biti dostatna i neka slabija vjerojatnost koja bi opravdavala potrebu poduzimanja određenih «obrambenih» radnji; odluka o tome ovisila bi (osim o mjerodavnom normom postuliranoj razini vjerojatnosti koju će indicirati upotrijebljeni izrazi poput “izvor opasnosti od koga prijeti znatnija šteta”, “izravna opasnost” itd.), između ostaloga, i o ozbiljnosti štetnih posljedica koje bi mogle nastupiti, o veličini štete koju bi zbog toga mogla pretrpjeti protivna strana, o eventualnom osiguranju koje je (već ili naknadno) dano, itd.

U nekim će slučajevima, međutim, postulirana razina uvjerenosti odgovarati vrlo visokom stupnju vjerojatnosti.

121 «Dogma» o vjerojatnosti kao uvjerenju o mogućnosti nečega u prilog kojega govori više argumenata nego onih koji govore protiv (usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 481.) zapravo nema uporišta ni u procesnim niti u materijalnopравnim zakonima. Ona se samo iznimno može izvesti iz pravila koja uređuju neke posebne kategorije sporova odnosno oblika pružanja pravne zaštite, čije se područje primjene zbog toga ne može generalizirati.

5.2. Sporovi radi otklanjanja stanja ugroženosti

Svatko je ovlašten zahtijevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od kojega prijeti znatnija šteta njemu ili drugome, kao i da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se uznemiravanje ili opasnost ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama (1047/1. ZOO). U sporovima radi ostvarivanja prava na uklanjanje izvora opasnosti odnosno prava da se traži suzdržavanje od određene ugrožavajuće djelatnosti postojanje određenog «izvora» kao navodnog izvora opasnosti i određene «djelatnosti» kao navodno ugrožavajuće djelatnosti bit će potrebno utvrditi na razini sigurnosti, dok će okolnost da je taj izvor izvor opasnosti odnosno da je ta djelatnost ugrožavajuća biti dovoljno učiniti vjerojatnim. Vjerojatnim će biti dovoljno indicirati i postojanje uznemiravanja ili opasnosti štete. Pritom razina vjerojatnosti koju će biti potrebno doseći ne bi morala biti pretežnija vjerojatnost (v. *supra ad* 5.1.).

Svatko je ovlašten (dopuštena samopomoć) otkloniti povredu prava kad neposredno prijeti opasnost, ako je takva zaštita nužna i ako način otklanjanja povrede prava odgovara prilikama u kojima nastaje opasnost (1053/2. ZOO). U slučajevima u kojima je poduzeo radnje dopuštene samopomoći ovlaštenik će se u parnici redovito braniti od onoga prema kome je te radnje poduzeo tvrdeći da su za to bili ispunjeni zakonski uvjeti. On bi mogao podnijeti i tužbu kojom bi zatražio da se utvrdi da protivnik prema kojemu je poduzeo radnje samopomoći nema po toj osnovi prema njemu prava za koja tvrdi da ih ima (tužba negativnog utvrđenja). On bi, eventualno, mogao tražiti i da se protivniku zabrani poduzimanje ugrožavajućih radnji u budućnosti, da mu se naredi uklanjanje ugrožavajućih objekata, stanja stvari, itd. U navedenim će slučajevima biti dovoljno postojanje neposredne opasnosti povrede prava i nužnosti da se ona otkloni poduzetim radnjama utvrditi na razini vjerojatnosti, pri čemu se ne bi nužno moralo raditi o pretežnijoj vjerojatnosti (v. *supra ad* 5.1.).

5.3. Sporovi za naknadu izmakle koristi i buduće neimovinske štete

Vjerojatnost se kao kategorija primarnog materijalnog prava javlja i u slučajevima u kojima se traži naknada izmakle koristi, odnosno buduće neimovinske štete.¹²² Tako pri ocjeni izmakle koristi treba uzeti u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem (1089. ZOO), dok će sud na zahtjev oštećenika dosuditi pravičnu novčanu naknadu i za buduću neimovinsku štetu, ako je “izvjesno” da će ona trajati i u budućnosti (1104. ZOO-a).¹²³

U navedenim bi slučajevima određeno dužnikovo ponašanje (“štetna radnja”) i

¹²² Usp. i JUHART, CCP, 53., 54.

¹²³ Premda je odredba članka 1104. ZOO-a «akcijskopravno» redigirana utoliko što govori o pravozaštitnoj mjeri koja se može tražiti od suda, odnosno koju će sud izreći, ipak je riječ o odredbi koja utvrđuje pretpostavke za nastanak jedne pretpostesne tražbine u povodu koje se može tražiti kondemnatorna pravna zaštita. Ova je odredba zapravo nekritički preuzeta (preko ZOO 78/91) uzanca br. 231. Općih uzanci za promet robom, pri čemu je već prije bilo primijećeno da tu očito ne može biti riječ o izvjesnosti, već o većoj razini vjerojatnosti (JUHART, CPP, 54.).

njegovu protupravnost trebalo utvrditi na razini sigurnosti. Postojanje uzročne veze između ponašanja dužnika i izmakle koristi bilo bi, pak, dovoljno utvrditi na razini vjerojatnosti koja bi, svakako, trebala biti **barem pretežnija** – na to upućuju riječi u citiranoj zakonskoj odredbi “dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima”. Kad je riječ o trajanju neimovinske štete i u budućnosti, trebalo bi, međutim, inzistirati na bitno višoj razini pretežnije vjerojatnosti, koja, ipak, ne bi bila vjerojatnost koja bi odgovarala sigurnosti. Naime, riječ «izvjesno» u kontekstu citirane odredbe članka 1104. ZOO očito, «po prirodi stvari», ne može značiti ništa drugo nego visoki (povećani) stupanj vjerojatnosti trajanja neimovinske štete i u budućnosti. Sa sigurnošću (izvjesnošću) se, naime, može utvrditi nešto što se dogodilo ili što postoji, ali, u pravilu, ne i ono što će se zbiti (zbivati) u budućnosti, barem kad je riječ o ljudima i njihovom daljnjem životu.¹²⁴ O «izvjesnosti» se ovdje može govoriti samo uz pretpostavku da se stanje stvari neće (bitno) izmijeniti u budućnosti (klauzula *rebus sic stantibus*).

U navedenim će slučajevima sud visinu izmakle koristi odnosno neimovinske štete kao i njihovu naknadu redovito odmjeravati po slobodnoj ocjeni (223/1.).

5.4. Nastanak i ostvarivanje nekih potestativnih prava

U nekim slučajevima norme, tzv. primarnog materijalnog prava nastanak, promjenu ili prestanak nekog ovlaštenja da se manifestacijom volje izazove pravna promjena uvjetuju **vjerojatnošću** nastupanja nekih pravnih posljedica u budućnosti. U tom je smislu vjerovnik ovlašten («može») raskinuti ugovor (potestativno pravo) bez ostavljanja dužniku naknadnog roka za ispunjenje ako iz dužnikova držanja proizlazi da on svoju obvezu neće ispuniti ni u naknadnom roku (363. ZOO). Pritom bi činjenicu postojanja ugovora i činjenicu da dužnik nije ispunio svoju obvezu u roku bilo potrebno utvrditi na razini sigurnosti (eventualno uz primjenu pravila o teretu dokazivanja), dok bi okolnost da iz dužnikovog držanja proizlazi da svoju obvezu neće ispuniti ni u naknadnom roku bilo dovoljno u pravilu utvrditi na razini pretežnije vjerojatnosti.

6. Vjerojatnost kao mjera utvrđenosti činjenica prema pravilima pravozaštitnog prava

6.1. Općenito

U nekim je slučajevima vjerojatnost kategorija pravozaštitnog prava, prava koje utvrđuje pretpostavke za traženje pravne zaštite određenog sadržaja, u smislu da o vjerojatnosti postojanja određenih činjeničnih pretpostavaka ne ovisi nastanak materijalnopravnog ovlaštenja po sebi, već „pravo“ tražiti određenu pravozaštitnu intervenciju, pravozaštitnu radnju u povodu njega. Tako je, npr., vjerojatnost eksplicitno postulirana kategorija utvrđenosti pretpostavka za traženje kondemnatorne zaštite u

¹²⁴ O izvjesnosti nastupanja nečega u budućnosti može se govoriti, npr., u vezi s nekim pojavama vanjskog fizičkog svijeta, npr. o tome da će nakon noći doći dan, nakon zime ljeto, itd., odnosno pojavama koje se tiču života, npr. da će netko, prije ili kasnije, umrijeti, itd.

određenim slučajevima:

(1) tužitelj koji za to ima imovinskopравни interes može tužbom zatražiti od suda da naloži tuženiku za koga je **vjerojatno** da nešto zna o utajenoj ili prikrivenoj imovini da priopći što mu je o toj imovini poznato te da izjavi da su dani podaci o njoj potpuni i točni (186.b/1.). U ovom će slučaju vjerojatnost znanja o utajenoj ili prikrivenoj imovini biti meritorna pretpostavka za prihvaćanje kondemnatornog manifestacijskog zahtjeva.¹²⁵ Vjerojatnost o kojoj je riječ trebala bi biti takva da bi opravdavala izricanje zatražene kondemncije, što znači da bi se redovito moralo raditi o pretežnijoj vjerojatnosti – na to bi upućivala i ozbiljnost posljedica takva utvrđenja: mogućnost ovrhe;

(2) tužitelj koji učini **vjerojatnim** da tuženik ozbiljno dovodi u pitanje postojanje njegove još uvijek nedospjele tražbine ili da će morati sudskim putem ostvarivati svoju tražbinu nakon što ona dospije ili da iz drugih razloga ima za to pravni interes može i prije dospelosti tražbine zatražiti od suda da tuženiku naloži da mu ispuni dužnu činidbu u vrijeme njezine dospelosti (186.c/1.). U ovom slučaju – da bi sud izrekao zatraženu kondemnciju - postojanje bi nedospjele tražbine trebalo utvrditi na razini sigurnosti, a postojanje pravozaštitne potrebe za traženje kondemncije prije njezine dospelosti na razini vjerojatnosti, pri čemu se postojanje te potrebe tretira kao postojanje specifične procesne pretpostavke zbog nedostatka koje tužbu treba odbaciti (*arg. ex* 186.c/2.). U ovom slučaju, budući da o utvrđivanju navedenih pretpostavaka ne ovisi sadržaj meritorne odluke, već dopuštenost meritornog odlučivanja, vjerojatnost o kojoj je riječ ne bi trebala biti pretežnija vjerojatnost.

Vjerojatnost je eksplicitno postulirana kategorija utvrđenosti pretpostavka i za određivanje izvjesnih sredstava osiguranja:

(1) radi osiguranja nenovčane tražbine koja se ne može osigurati predbilježbom u javnoj knjizi sud može na temelju presude donesene u parničnom postupku odrediti **prethodnu ovrhu** ako ovrhovoditelj učini **vjerojatnom opasnost** da bi se zbog odgode ovrhe dok presuda ne postane ovršna ovrha onemogućila ili znatno otežala te ako da osiguranje za štetu koju bi ovršenik mogao pretrpjeti zbog takve ovrhe (329. OZ);¹²⁶

(2) sud može odrediti osiguranje novčane tražbine **prethodnom mjerom** ako se vjerojatnost postojanja tražbine dokazuje odgovarajućom neovršnom ovršnom ispravom (284/1. OZ 91) te ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnom opasnost** da bi se bez toga osiguranja onemogućilo ili znatno otežalo ostvarenje tražbine (332. OZ);

(3) sud može odrediti **privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine** ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnim**: (1) **postojanje tražbine** i (2) **opasnost** da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati (344. OZ);

125 O tzv. samostalnoj manifestacijskoj tužbi i tzv. stupnjevitoy tužbi usp. DIKA, Građansko procesno pravo, VI., Tužba, 2009., (GPP, VI.), §§ 36.-38.

126 U ovom bi slučaju vjerojatnost postojanja tražbine proizlazile iz okolnosti da bi bila utvrđena neovršnom presudom donesenom u parničnom postupku, dok bi opasnost trebalo učiniti vjerojatnom u krajnjoj liniji odgovarajućim dokazima.

(4) sud može odrediti **privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine** ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnim**: (1) **postojanje svoje tražbine** te ako učini **vjerojatnim** (2.1.) i **opasnost** da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, ili ako učini **vjerojatnim** (2.2.) da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti (346. OZ);

(5) u parnicama iz radnih odnosa sud može tijekom postupka i po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u ovršnom postupku radi sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete (435.); u postupku u parnicama zbog smetanja posjeda sud može po službenoj dužnosti i bez saslušanja protivne stranke odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u ovršnom postupku radi otklanjanja hitne opasnosti protupravnog oštećenja ili sprečavanja nasilja ili otklanjanja nenadoknadive štete (442.), u navedenim bi slučajevima postojanje pretpostavaka o kojima će ovisiti određivanje privremenih mjera biti potrebno utvrditi na razini vjerojatnosti.

(6) prije pokretanja ili tijekom postupka pokrenutog tužbom za zaštitu kolektivnih interesa i prava sud može, na prijedlog tužitelja, odrediti privremene mjere predviđene Ovršnim zakonom, ako tužitelj učini **vjerojatnim**: (1) da je tuženik postupao na način kojim je povrijedio ili ozbiljno ugrozio kolektivne interese ili prava zaštita kojih se tužbom traži te (2) da je određivanje mjere potrebno radi otklanjanja opasnosti nastupanja nenadoknadive štete ili sprečavanja nasilja (502.g/1.).

U navedenim slučajevima odlučivanja o mjerama osiguranja vjerojatnost opasnosti kao specifična kategorija pravnog interesa za određivanje mjera osiguranja javljala bi se kao pretpostavka o kojoj ovisi osnovanost zahtjeva za osiguranje, a ne njegova dopuštenost.¹²⁷ U tim bi slučajevima takva vjerojatnost koincidirala s vjerojatnošću kao kategorijom uvjerenosti u postojanje pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka. U slučajevima pod (1) do (6) bila bi u pravilu riječ o tzv. pretežnijoj vjerojatnosti. U prilog toga stava govorila bi u pravilu dva argumenta. Privremeno zadiranje u pravnu sferu drugih pravnih subjekta, privremeno ograničavanje njihovih prava i/ili faktičkog raspolaganja dijelovima njihove imovine ne može se temeljiti na pukoj mogućnosti postojanja neke tražbine protivnika i/ili opasnosti onemogućavanja ili bitnog otežanja ostvarenja te tražbine u budućnosti. Pretpostavke za takvu intervenciju morale bi biti dokazno supstancirane u mjeri u kojoj bi se mogla nazrijeti ozbiljnost njene potrebe. Takve ozbiljnosti teško da bi bilo ako bi se na temelju raspoloživog dokaznoga materijala moglo zaključiti da je vjerojatnije da nema pretpostavaka za pravozaštitnu intervenciju nego što ih ima. U tom bi slučaju, naime, pravozaštitni interes aktivne stranke da se odredi pravozaštitna mjera bio slabiji od pravozaštitnoga interesa protivnika da se ne zadire u njegovu pravnu sferu, i to stoga što bi interes prvoga bio slabije supstanciran od interesa drugoga. Izložena argumentacija ima (*arg. a completudine*, *arg. a cohaerentia*, *arg. per analogiam*) svoje uporište i u pravilu da je sud, na prijedlog protivnika osiguranja, dužan obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje ako protivnik osiguranja **učini vjerojatnim** da je tražbina u vrijeme donošenja rješenja o određivanju prethodne odnosno privremene mjere već bila naplaćena ili

¹²⁷ Usp. DIKA, GOP, §§ 14/6, 269/4., 272/5., 285/1., 286/1.

dovoljno osigurana (338/1.2; 354/2. OZ). Dakle, vjerojatnost koju nudi predlagatelj osiguranja morala bi – u pravilu - biti jača od one koju (naknadno, ali s obzirom na stanje stvari kakvo je bilo u vrijeme donošenja odluke) nudi protivnik osiguranja da bi prethodna odnosno privremena mjera ostale na snazi.

Ipak, kad je riječ o navedenim mjerama osiguranja, u prvom redu o privremenim mjerama, potrebna razina uvjerenosti u postojanje pretpostavaka za njihovo određivanje mogla bi biti i (bitno) slabija od pretežnije vjerojatnosti. To će ovisiti o stupnju do kojeg će se tim mjerama zadirati u pravnu sferu protivnika osiguranja,¹²⁸ odnosno o tome hoće li mu biti pružena odgovarajuća jamčevina – kad je to moguće - za štetu koju bi mogao pretrpjeti (*arg. ex* 349/1.1. OZ).

Premda to nije izrijekom predviđeno, vjerojatnost postojanja pravnog interesa za traženje deklaratorne zaštite u pravilu je mjera utvrđenosti o kojoj će ovisiti dopuštenost meritornog odlučivanja o tom traženju (*arg. ex* 187/1., 2.).¹²⁹

6.2. Diskriminacijski sporovi

Da je pretežnija vjerojatnost dostatna kategorija uvjerenosti u postojanje pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka u diskriminacijskim sporovima, moglo bi se zaključiti iz odredaba koje uređuju pitanje tereta dokazivanja u tim sporovima. Naime, stranka koja u sudskom ili drugom postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje prema odredbama Zakona o suzbijanju diskriminacije,¹³⁰ dužna je **učiniti vjerojatnim** da je došlo do diskriminacije. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci. (20/1. ZSD)¹³¹ Dakle, na tužitelju bi bio teret dokazivanja vjerojatnosti postojanje činjenica o kojima ovisi postojanje prava na jednako postupanje i povreda toga prava. On te činjenice ne bi trebao dokazati na razini sigurnosti (izvjesnosti) kao što je to inače dužan učiniti onaj na kome je teret dokazivanja. Dokazana vjerojatnost povrede prava na jednako postupanje imala bi za posljedicu prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika. Pritom bi, ipak, trebalo uzeti da bi tuženik mogao od sebe otkloniti taj teret ako bi naknadno uspio dovesti u pitanje (dostatnu) vjerojatnost onoga što je tužitelj trebao dokazati (protudokaz), ali i ako bi uspio dokazati da je **vjerojatnije** da to ne postoji dokazavši da je vjerojatnije protivno (dokaz o protivnom). Bilo bi, naime, neprihvatljivo uzeti da bi tuženik, zato što je tužitelj u jednoj fazi postupka učinio vjerojatnim ono što tvrdi, morao dokazati na razini sigurnosti (221.a ZPP) da do povrede nije došlo, i to ili zato što prava nema ili zato što ono nije povrijeđeno jer nije poduzeta radnja kojom bi bilo povrijeđeno, itd. (dokaz o protivnom). Tuženik bi morao moći naknadnim dokazivanjem dovesti u pitanje vjerojatnost onoga što je tužitelj učinio vjerojatnim (dokazivanjem da je

128 Predlagatelj osiguranja ne mora dokazivati opasnost kao pretpostavku za određivanje privremenih mjera osiguranja ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu (344/2., 346/2. OZ); ta se opasnost predmnijeva ako se tražbina ima ostvarivati u inozemstvu (344/3., 346/2. OZ).

129 O pravnom interesu kao o pretpostavci o kojoj ovisi dopuštenost traženja deklaratorne zaštite i meritornog odlučivanja o tom traženju, usp. DIKA, GPP, VI., § 30/6.

130 NN. 85/2008., 112/12.; ZSD.

131 Ta se odredba ne primjenjuje u prekršajnom i kaznenom postupku (20/2. ZSD).

izvjesno protivno), odnosno dokazati da je vjerojatnije protivno. U tom bi smislu bilo moguće zaključiti da bi **teret dokazivanja** bio na onome čija bi teza o postojanju ili nepostojanju diskriminacijskih pretpostavaka bila **manje vjerojatna**. Dokaz tuženika da je vjerojatnije protivno oduzimalo bi značenje vjerojatnosti kao pretpostavke za prebacivanje tereta dokazivanja manjoj vjerojatnosti koju je dokazao tužitelj.

Pojam vjerojatnosti trebalo bi u ovom kontekstu, premda to nije izrijeком rečeno, zapravo tumačiti u smislu *prima facie* dokaza (njem. *Anscheinsbeweis*), pravnog standarda koji u hrvatskom pravu i praksi nije poznat i primjenjivan (v. *infra ad 8.*).

6.3. Sporovi u vezi sa zaštitom ravnopravnosti spolova

U Zakonu o ravnopravnosti spolova¹³² je pitanje tereta dokazivanja zabranjenog ponašanja „zbunjujuće“ postavljeno. Ako stranka u postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje, dužna je iznijeti činjenice koje opravdavaju sumnju da je došlo do diskriminacijskog postupanja. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci (30/4. ZRS). Posljedica takvog normiranja, ako bi se ono doslovno shvatilo, bila bi da bi navodno diskriminirani trebao samo nešto ustvrditi, a ne ustvrđeno učiniti vjerojatnim eventualno odgovarajućim (likvidnim) dokazima, dakle samo iznijeti tvrdnje o postojanju činjenica koje bi same po sebi, kad bi bile točne, opravdavale sumnju u diskriminacijsko postupanje, pa bi navodni diskriminator morao dokazivati da puke tvrdnje protivnika nisu istinite (na razini sigurnosti) jer bi se u protivnom moralo uzeti da je došlo do diskriminacijskog postupanja.¹³³ Takvo zakonodavno rješenje, koje inače odudara od općeg uređenja utvrđivanja činjenica i raspodjele tereta tvrdjenja i dokazivanja u diskriminacijskim sporovima (v. *supra ad 6.2.*), ima svojih presedana u (prijašnjem) njemačkom zakonodavstvu.¹³⁴ Čini se da bi, ipak, navedene odredbe ZRS-a trebalo dovesti u

¹³² NN 82/08; ZRS.

¹³³ Treba naglasiti da bi se navedena pravila o teretu dokazivanja ticala samo činjenice diskriminatornog postupanja, a ne i ostalih njime uvjetovanih činjenica, npr. visine pretrpljene štete itd.

¹³⁴ UZELAC, Teret dokazivanja, 91., ističe da PRÜTTING, Gegenwartsprobleme, cit., 46., unatoč tome što navodi da su “zapravo, norme o teretu dokazivanja uvijek ujedno i norme o teretu tvrdnje”, iznosi i slučaj u kojemu to nije tako: u (prije važećem) § 611.a I.3 BGB-a koji je zabranjivao spolnu diskriminaciju u radnom pravu, teret tvrdnje stavljen je na tužiteljicu – ona je morala iznijeti tvrdnje o činjenicama iz kojih se mogao izvesti zaključak da je na radnom mjestu diskriminirana iz spolnih razloga. Jednom kad bi ta tvrdnja bila iznesena, teret dokaza za njezinu neistinitost ležala je na tuženiku – u slučaju dvojbe, uzimalo se da je diskriminacija postojala. U vezi s ovim bi primjerom trebalo primijetiti da je u njemačkom pravu Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-om iz 2006., kojim je derogiran navedena odredba BGB-a, a koji ima za cilj sprečavanje ili uklanjanje diskriminacije po osnovi rase, etničkog porijekla, spola, seksualnog identiteta, dobi, religije, svjetonazora itd. (§ 1.), izmijenjen izloženi pristup problemu tereta tvrdjenja i dokazivanja. Po novome, ako u spornom slučaju stranka dokaže indicije na temelju kojih se može pretpostaviti neki od navedenih diskriminacijskih razloga, na drugoj je stranci teret dokazivanja da nema povrede odredaba o zaštiti od diskriminacije (§ 22.). Ne bi, dakle, bilo dovoljno da navodno diskriminirana stranka samo ustvrdi da je diskriminirana, već bi bilo potrebno da učini vjerojatnim postojanje indicija iz kojih bi se mogla izvesti (faktična)

vezu s (kasnijim) odredbama ZSD-a koje se tiču razine utvrđenosti bitnih činjenica i prebacivanja tereta dokazivanja i protumačiti ih u skladu s tim odredbama (v. *supra* ad 6.2.).

6.4. Utvrđivanje činjenica po «slobodnoj ocjeni»

Utvrđivanje činjenica po „slobodnoj ocjeni“, koju treba pojmovno razlikovati od slobodne ocjene dokaza (8.), a koja zapravo otvara vrata utvrđivanju činjenica na razini pretežnije vjerojatnosti (223., 223.a),¹³⁵ zahtijeva posebnu studiju koja nadilazi prostorna ograničenja ovoga rada i zato ovdje neće biti posebno razmotreno.

7. Vjerojatnost kao kategorija utvrđenosti činjenica prema pravilima procesnog prava

7.1. Općenito

Slučajevi u kojima je određene procesnopravno relevantne činjenice dovoljno utvrditi na razini vjerojatnosti relativno su brojni i iz odredaba koje ih uređuju bilo bi moguće zaključiti da se za sve njih ne traži ista mjera vjerojatnosti.

Pri razmatranju pojedinih od tih slučajeva trebalo bi razlikovati razinu utvrđenosti premisa za formiranje zaključka o nečemu i razinu utvrđenosti tog nečega na temelju tako utvrđenih premisa. U nekim je slučajevima potrebno sa sigurnošću utvrditi premise, dok je za sam zaključak o činjenici koju na temelju njih treba utvrditi dostatno da se formira na razini (različitog stupnja, već prema slučaju) vjerojatnosti. U nekim je slučajevima dovoljno postojanje premisa učiniti vjerojatnim, redovito na temelju dokazivanja, ali i primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica, ali i sam zaključak o postojanju činjenice koju treba utvrditi na temelju tako utvrđenih premisa. U trećima je dovoljno ustvrditi postojanje premisa i time indicirati veću ili manju mogućnost (vjerojatnost) odnosno puku (hipotetsku) mogućnost njihova postojanja, da bi se na temelju njih formirao zaključak na razini vjerojatnosti odnosno puke (hipotetske) mogućnosti postojanja činjenice koju treba utvrditi (niska razina vjerojatnosti, odnosno puka mogućnosti postojanja premisa utemeljena na pukoj

predmnjeva o tome. U Sjedinjenim Državama jedna od važnijih recentnijih debata o teretu dokazivanja vodila se o istom pitanju, potaknuta slučajem *Hopkins v. Price Waterhouse* (490 U.S. 228). Vrhovni sud SAD-a zauzeo je stav da tuženik u slučajevima tzv. mješovitih motiva (konkretno unapređenje je bilo uskraćeno zbog različitih razloga, a neki od mogućih razloga mogli su se povezati sa seksualnim stereotipima, kao što su potreba da žena bude «ženstvena») treba dokazati «jasnim i uvjerljivim dokazima» da bi odluka bila ista da diskriminacije nije bilo – što je, prema stavu Suda, ostalo dvojbeno. Ako se to prevede u gornje termine, smatra Uzelac (*op. et loc. cit.*), proizlazilo bi da bi i ovdje teret tvrdnje ležao na tužitelju, a teret dokazivanja na tuženiku. Moglo bi se primijetiti da u izloženom američkom slučaju nije bilo dovoljno da tužiteljica ustvrdi da je diskriminirana zato što je žena, već da je bilo potrebno indicirati da je riječ o slučaju u kojemu je njezin spol mogao biti jedan od razloga za diskriminaciju.

135 O utvrđivanju visine naknade štete prema odredbi članka 223. stavka 1. ZPP v. DIKA, “Odmjeravanje naknade štete prema slobodnoj ocjeni” u zborniku radova: P.Klarić (ur.) “Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima”, Narodne novine, 2005., 121.-140.

ustvrđenosti njihova postojanja, niska razina vjerojatnosti odnosno puka mogućnosti postojanja činjenice koju treba utvrditi na temelju tih premisa; hipotetska vjerojatnost).

Potrebna razina vjerojatnosti ovisi i o tome treba li sud određenu odluku donijeti prema kriteriju legaliteta, redovito rješavajući njome određeno sporno pitanje među strankama, osobito onda kad o njegovu rješenju ovise neka njihova prava, ili prema kriteriju oportuniteta, često ne tangirajući time izravno pravnu poziciju stranaka. U slučajevima u kojima sud odlučuje prema kriteriju legaliteta u načelu je dužan ne samo doseći višu razinu vjerojatnosti postojanja premisa za donošenje odluke, već i principijelnije voditi računa o tome je li ona *in concreto* ostvarena. S druge strane, ovlaštenje sudu da o određenom pitanju odluči po kriteriju oportuniteta relativiziralo bi i zahtjeve u pogledu razine utvrđenosti premisa za donošenje odluke: (1) snižavanjem potrebne razine utvrđenosti i (2) «omekšavanjem» kriterija za ocjenu je li ta razina *in concreto* dosegnuta.

U praksi će stav suda o tome je li u pojedinim slučajevima ostvarena zahtijevana razina utvrđenosti (vjerojatnosti određenog stupnja) ovisiti i o tome hoće li protiv njegove odluke biti dopušteni pravni lijekovi, hoće li ona biti kontrolabilna ili neće.

U nastavku će neki od tih slučajeva biti izloženi slijedeći redosljed kojim su oni normirani u Zakonu.

7.2. Prethodno ocjenjivanje nadležnosti

Sud ocjenjuje, po službenoj dužnosti, uz određene iznimke, odmah poslije primitka tužbe, je li nadležan i u kojem je sastavu nadležan (15/1.). To ocjenjivanje nadležnosti obavlja se na temelju **navoda u tužbi** i na temelju **činjenica koje su sudu poznate** (15/2.).¹³⁶

Iz navedenih odredaba proizlazi da je primarna osnova za prethodno ocjenjivanje nadležnosti ono što je tužitelj ustvrdio u tužbi (**puka ustvrđenost** kao osnova za formiranje stava o postojanju procesnopravno relevantnih činjenica). Sud bi zapravo u tom slučaju, polazeći od hipoteze da su istinite tvrdnje tužitelja o okolnostima koje su relevantne za ocjenu nadležnosti, formirao svoj privremeni stav o nadležnosti. Navedenu osnovu sud je ovlašten dopuniti ili korigirati uzimajući u obzir i činjenice

¹³⁶ Moglo bi se reći da u takvim slučajevima zakonodavac iz razloga procesne ekonomije preuzima rizik da postupak provodi sud za koji bi se naknadno moglo pokazati da s obzirom na utvrđeno stanje odnosa među strankama nije bio nadležan. U prilog preuzimanja toga rizika govori i okolnost da se redovito pokazuje da je sud pred kojim je postupak pokrenut prema naknadno utvrđenim okolnostima zaista i bio nadležan – tužitelj, naime, u pravilu istinito prezentira kompetencijski relevantno činjenično stanje, između ostaloga, i stoga što mu nije u interesu izazivati sukobe o nadležnosti, zato što želi da se spor što prije riješi. Konačno, u parničnom se postupku rješava spor koji ima svoju činjeničnu i pravnu dimenziju zbog čega se sve do njegovog definitivnog okončanja ne može sa sigurnošću znati jesu li ili nisu bile objektivno ispunjene pretpostavke o kojima ovisi njegova nadležnost. Naknadno drukčije utvrđenje pretpostavaka može se pokazati relevantnim za zauzimanje stava o nadležnosti suda samo u povodu pravodobno podnesenih prigovora tuženika o nepostojanju stvarne i mjesne nenadležnosti, odnosno kad se naknadno pokaže da ne postoji, tzv. apsolutna nadležnost, dakle, kad se utvrdi da hrvatski sudovi nisu uopće nadležni za njegovo rješavanje (*Arg. ex* 16., 17., 20., 21.).

za koje je saznao iz priloga uz tužbu, ali i one koje su mu «poznate»: općepoznate činjenice te činjenice za koje je saznao u vezi sa svojom funkcijom prije nego što je došao u prigodu prethodno ocjenjivati svoju nadležnost – ono za što bi saznao nakon toga bilo bi rezultat istraživanja njegove nadležnosti.

Prethodnu (provizornu) ocjenu o svojoj nadležnosti sud bi manifestirao konkludentno, bez donošenja posebne formalne pozitivne odluke, poduzimanjem daljnjih radnji u vezi s tzv. prethodnim ispitivanjem tužbe i/ili pripremanja glavne rasprave.¹³⁷ Time bi bilo otvorena mogućnost naknadnog preispitivanja pretpostavaka za ocjenu (nekih oblika) nadležnosti pa i za donošenje drukčije odluke o tome.

Sud bi već na temelju navoda u tužbi (eventualno uzimajući u obzir i priloge uz nju) i okolnosti koje su mu poznate, mogao donijeti rješenje kojim bi odbacio tužbu zato što bi utvrdio da rješavanje o tužbenom zahtjevu ne ide u sudsku nadležnost (16., 282/1.), odnosno donijeti rješenje kojim bi se oglašio nenadležnim (čl. 17., 20. i 21.) i predmet ustupio drugom stvarno ili (isključivo – *arg. ex* 20/2.) mjesno nadležnom sudu (282/2.).¹³⁸ Da bi se u navedenim slučajevima sud mogao oglasiti nenadležnim i odbaciti tužbu odnosno ustupiti predmet nadležnom sudu, bilo bi, međutim, potrebno da činjenice na kojima bi utemeljio takvu odluku utvrdi na razini sigurnosti (v. *supra ad* III.3.2.). Bila bi riječ o sigurnosti uvjerenja o nenadležnosti određene vrste utemeljenoj na navodima u tužbi (nekonkludentnost tužbe u pogledu postojanja okolnosti na kojima se temelji nadležnost suda kome je tužba podnesena) i okolnostima koje su sudu poznate. Prije nego što bi donio odgovarajuću odluku zato što bi ocijenio da nije nadležan, osobito ako bi tu svoju ocjenu temeljio i na okolnostima koje su mu poznate, sud bi bio dužan omogućiti tužitelju da se o tome izjasni (*arg. ex* 7/3.), pa bi utoliko pri donošenju svoje odluke trebao voditi računa i o naknadnim navodima tužitelja o tome te o rezultatima izvođenja možebitnih dokaza.

7.3. Obavljanje radnji na području drugog suda

Svaki sud obavlja radnje u postupku na svom području, ali iznimno, iz **opravdanih razloga**, sud može poduzeti pojedine radnje i na području drugog suda (25.1.).

Sud bi svoj stav o postojanju opravdanih razloga za obavljanje radnji na području drugog suda redovito formirao na temelju navoda stranaka tijekom postupka, osobito onih koji bi se ticali radnji koje bi trebalo poduzeti (u pravilu uviđaja, rjeđe izvođenja drugih dokaza) i njegove ocjene bi li se time postupak ubrzao i pojeftinio, odnosno bi li zbog toga poskupio, te bi li, kad je u pitanju izvođenje dokazivanja, takvo postupanje opravdavala načela neposrednosti i ekonomičnosti. Sud bi, dakle, redovito svoj stav o postojanju okolnosti kojima bi se supstanciralo postojanje opravdanih razloga temeljio na pukim tvrdnjama stranaka, na hipotezi o njihovoj većoj ili manjoj istinitosti, što bi, između ostaloga, ovisilo o načinu njihove prezentacije, ali i o dostupnim «likvidnim»¹³⁹

¹³⁷ Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 289.

¹³⁸ Ako se na temelju činjenica navedenih u tužbi ne bi moglo nedvojbeno formirati zaključak o nenadležnosti suda kojemu je tužba podnesena, on bi svoju odluku morao odgoditi za stadij postupka u kojemu bi mogao utvrditi (provjeriti) postojanje i tih činjenica.

¹³⁹ Npr. one koji bi bili priloženi uz tužbu.

i/ili već izvedenim dokazima, itd. Polazeći od tako «utvrđenih» okolnosti iz kojih bi izvodio svoj zaključak o postojanju opravdanih razloga, sud bi svoje uvjerenje o postojanju tih razloga trebao formirati na razini (u osnovi, s obzirom na razinu utvrđenosti premisa, **hipotetske) pretežnije vjerojatnosti**: ako bi bio manje uvjeren u njihovu opravdanost nego što bi bio uvjeren u njihovu neopravdanost, ne bi smio tako postupiti – to ne bi bilo opravdano. Pritom bi okolnost da protiv rješenja suda o poduzimanju radnji na području drugog suda žalba nije dopuštena (*arg. ex* 25., 278/2.) proširivala zonu «diskrecije» suda i dodatno relativizirala mogućnost kontrole «objektivnosti» njegova stava o postojanju opravdanih razloga za takvo postupanje.

7.4. Utvrđivanje vrijednosti predmeta spora

Ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota (40/1.). U drugim slučajevima, kad se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, mjerodavna je vrijednost predmeta spora koju je tužitelj u tužbi naznačio (40/2.). Ipak, ako tužitelj - u slučaju u kojemu se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu i u kojemu nije u tužbi naveo da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu, primi određenu novčanu svotu (40/1.), dakle, u kojemu je inače mjerodavna vrijednost koju je u tužbi naznačio (40/2.) - očito tu vrijednost suviše visoko ili suviše nisko naznačio, tako da se postavlja pitanje stvarne nadležnosti i sastava suda, vrste postupka, prava na izjavljivanje revizije, ovlaštenja na zastupanje ili prava na naknadu troškova postupka, sud će, po službenoj dužnosti ili na prigovor tuženika, najkasnije na pripremnom ročištu, ili, ako ono nije održano, onda na prvom ročištu za glavnu raspravu prije nego što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, brzo i na prikladan način provjeriti točnost naznačene vrijednosti te rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba odrediti vrijednost predmeta spora (40/3.). Ako se nakon upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari utvrdi da je tužitelj propustio odrediti vrijednost predmeta spora, sud prvoga stupnja će brzo i na prikladan način, nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne, odrediti vrijednost predmeta spora rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba (40/4.).

Iz navedenih odredaba članka 40. stavka 3. i 4. ZPP proizlazi da će sud u određenim slučajevima **brzo i na prikladan način** utvrditi vrijednost predmeta spora nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne. Riječ „brzo“ bi u naglašenoj sintagmi značila bez odgode (već na prvom ročištu u slučaju iz stavka 3., odnosno čim se to pitanje postavi u slučaju iz stavka 4. članka 40. ZPP-a), a riječi „na prikladan način“ da bi sud svoj stav o vrijednosti predmeta spora u pravilu formirao uzimajući u obzir navode stranaka u tužbi i odgovoru na tužbu, njihove daljnje izjave o tome kakvu vrijednost ima za njih konkretni spor, kakve bi za njih mogle biti posljedice njegova vođenja i odluke koja bi u njemu mogla biti donesena,¹⁴⁰ eventualno i već izvedene

140 Stranke bi pritom bile dužne govoriti istinu i savjesno se koristiti svojim procesnim ovlaštenjima i ne zlorabiti svoja ovlaštenja u postupku (9., 10.), čime bi se njihovi navodi koji bi se uzimali u obzir pri donošenju odluke o vrijednosti predmeta spora sadržajno (iako ne i po svom procesnoppravnom značenju) približavali saslušanju stranaka u svrhu dokazivanja, iako ni

dokaze odnosno priložena dokazna sredstva, a sasvim iznimno, i izvođenjem nekih od predloženih dokaza. Sud bi pritom trebao voditi računa i o tome da tužitelj očito previsokim ili preniskim određivanjem vrijednosti predmeta spora ne zloupotrebljava svoje ovlaštenje da određuje tu vrijednost i time, s jedne strane, stvara uvjete za stjecanje prava koja mu inače ne bi pripadala, odnosno da, s druge strane, oduzima (ograničava) tuženiku prava koja bi mu inače pripadala. Sud bi ponovno odnosno po prvi put utvrđujući vrijednost predmeta spora trebao štititi i javni interes da se konkretni spor riješi primjenom primjerene procedure, da se, između ostaloga, plate propisane pristojbe, itd. na što upućuje i okolnost da je u navedenim slučajevima vrijednost predmeta spora dužan utvrditi i po službenj dužnosti.

Incidentalni postupak koji bi sud provodio radi utvrđivanja činjeničnih premisa za donošenje odluke o vrijednosti predmeta spora bio bi sasvim **sumaran**, oslobođen svih formalnosti koje inače treba uvažavati pri utvrđivanju činjenica («na prikladan način»), ipak uz poštovanje nužne kontradiktornosti i ravnopravnosti stranaka. Razina uvjerenosti suda u postojanje premisa za donošenje odluke odgovarala bi po prirodi stvari vjerojatnosti, zapravo onome što bi se sudu s obzirom na sumarno provedeni postupak i tako utvrđene činjenične premise za donošenje odluke činilo vjerojatnijim (**kriterij pretežnije vjerojatnosti**). Utoliko bi se moglo govoriti o dvostrukoj relativizaciji na taj način određene vrijednosti predmeta spora – (1) s obzirom na provedeni (sumarni i «deformalizirani») postupak za utvrđivanje činjeničnih premisa odluke i (2) s obzirom na kriterije za formiranje stava o postojanju tih premisa za njezino donošenje na temelju tako provedenog postupka (pretežnija vjerojatnost). Samu bi visinu vrijednosti predmeta spora sud pritom određivao po slobodnoj ocjeni (223., v. *supra ad III.6.4.*), koja treba razlikovati od slobodne ocjene dokaza (8.), što bi dodatno relativiziralo njegovu odluku.

7.5. Svrhovita delegacija

Nadležni sud prvog stupnja može sam ili na prijedlog stranke zatražiti od najvišeg suda određene vrste da odredi da u pojedinom predmetu postupka drugi stvarno nadležni sud s njegova područja ako je očito da će se tako lakše provesti postupak ili ako za to postoje drugi važniji razlozi (68/1.).

Pretpostavke za određivanje svrhovite delegacije prema navedenoj odredbi članka 68. stavka 1. ZPP-a bilo bi potrebno (dovoljno) utvrditi na razini **vjerojatnosti**. Na to upućuju same te pretpostavke (očitost lakše provedbe postupka,¹⁴¹ postojanje drugih važnih razloga¹⁴²), okolnost da se odluka o zahtjevu prvostupanjskog suda donosi prema stanju spisa, u pravilu bez provedbe posebnog dokaznog postupka

izvođenje tog dokaza u formalnom smislu ne bi ovdje trebalo isključiti.

141 Bila bi tu zapravo riječ o razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti: incidentalni postupak svrhovite delegacije ne bi smio pridonijeti odugovlačenju postupka umjesto njegovom pojednostavljenju, ubrzanju i pojeftinjenju.

142 Ti drugi “važni razlozi” mogli bi također biti inspirirani procesnopravnim oportunitetom, npr. potrebom da se, neovisno o pretpostavkama za izuzeće sudaca, preveniraju moguće sumnje u objektivnost suda, itd.

(sumarnost incidentalnog delegacijskog postupka),¹⁴³ itd. Pritom bi u načelu trebala biti riječ o **pretežnijoj** vjerojatnosti. Razlozi koji bi govorili u prilog delegaciji morali bi biti jači od onih koji bi išli protiv nje jer se u suprotnom ne bi ostvarila njezina svrha. I ovdje bi, međutim, u praksi objektivnost ocjene o tome je li navedena razina utvrđenosti postignuta *in concreto* mogla biti dovedena u pitanje (relativizirana) načinom utvrđivanja premisa za njezino formiranje (njihovim sumarnim utvrđivanjem u pravilu na temelju stanja spisa) te kriterijem odlučivanja o delegaciji (oportunitet), ali i okolnošću da su odluke koje bi sud pritom donosio nekontrolabilne - protiv njih su isključeni pravni lijekovi (68/2.).

7.6. Izuzeće

Suci mogu biti izuzeti zbog dvije vrste razloga – zbog, tzv. apsolutnih i zbog, tzv. relativnih razloga za izuzeće. Tzv. apsolutni razlozi za izuzeće taksativno su navedeni (71.1.-6.) i samo njihovo postojanje čini suca nepodobnim za obavljanje njegove funkcije (isključeni sudac). Postojanje tih razloga za izuzeće potrebno je utvrditi na razini sigurnosti. Na takav zaključak upućuje zakonska formulacija koja apsolutnu nepodobnost suca da obavlja dužnost suca uvjetuje njegovim određenim svojstvima i funkcijama u postupku odnosno njegovim vezama sa strankama i predmetom spora.¹⁴⁴

Međutim, kad su u pitanju, tzv. relativni razlozi za izuzeće, okolnosti koje nisu taksativno navedene i koje same po sebi svojim postojanjem ne čine suca nepodobnim za obavljanje njegove funkcije, već tek ako ukoliko dovode u sumnju njegovu nepristranost (71.7.), bit će dovoljno *in concreto* učiniti samo **vjerojatnim** da: (1) postoji okolnost koja sama po sebi nema značenje razloga koji suca čine apsolutno nepodobnim za obavljanje njegove dužnosti te (2) da ta okolnost dovodi u sumnju njegovu nepristranost. Tu bi razinu utvrđenosti indicirala okolnost da je dostatno da odgovarajuća okolnost dovede u sumnju sučevu nepristranost, sumnju za koju je dovoljna odgovarajuća mogućnost pristranosti, koja, dakle, ne bi isključivala razumnu sumnju u pogledu postojanja protivnog. Pritom bi bila dovoljna i vjerojatnost koja bi bila **slabija od pretežnije vjerojatnosti**, ali ipak takva da bi **razumno indicirala moguću pristranost**. Ona ne bi smjela dati uporišta dojmu da sudi pristrani sudac i da suđenje zbog toga nije pravedno. Standardi koji će se pritom zauzeti ne bi smjeli isključivo biti motivirani načelnim stavom da bi se suci kad bi postojali razlozi za njihovo izuzeće sami izuzeli¹⁴⁵ te stavom da bi restriktivnom politikom izuzimanja trebalo spriječiti praksu traženje izuzeća iz dilatorno-šikanoznih razloga.

Vjerojatnost (dakle, ne i sigurnost) postojanja nekog od apsolutnih razloga za izuzeće mogla bi biti osnovom za formiranje stava o pristranosti suca, mogla bi dobiti

143 Sudu koji bi odlučivao o zahtjevu trebalo bi priznati pravo da od prvostupanjskog suda zatraži da provede odgovarajuće izviđaje (*arg. ex* 361/3.).

144 Prema odredbama članka 71. toč. 1. do 6. ZPP-a, sudac ne može obavljati sudačku dužnost zbog razloga koji su taksativno navedeni u tim odredbama.

145 Ovaj bi stav implicirao i (opravdano) načelno povjerenje u integritet sudaca, ali bi bio opterećen i psihološki uvjetovanim problemom konfrontacije predsjednika suda koji treba odlučiti o izuzeću s kolegom s kojim je praktički u svakodnevnom neposrednom kontaktu (problem “kolegijarnosti” i nezamjeranja). Itd.

značenje relativnog razloga za njegovo izuzeće. U tom bi smislu, npr. vjerojatnost da je sudac u odnosu suovlaštenika s kojom od stranaka mogla ozbiljno indicirati njegovu pristranost.

Ono što je rečeno za izuzeće suca vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, i za sudske savjetnike i zapisničare (76.) te, uz određene izimke, za vještake (254/1.) i tumače (263.).

7.7. Postavljanje privremenog zastupnika

Sud je dužan postaviti stranci privremenog zastupnika ako se tijekom postupka pred prvostupanjskim sudom **pokaže**: (1) da postoje razlozi da se nekoj osobi postavi zakonski zastupnik, (2) da bi redovni postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika trajao dugo te (3) da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogla nastati štetne posljedice (*arg. ex* 84.). Postojanje navedenih pretpostavaka za postavljanje privremenog zastupnika sud bi trebao utvrditi barem na razini **pretežnije vjerojatnosti**. Ako bi bilo manje vjerojatno da su one ispunjene nego što bi bilo vjerojatno da nisu, ne bi se moglo uzeti da se «pokazalo» da su one ispunjene.

Kad je riječ o prvoj od tih pretpostavka, dakle o tome postoje li razlozi da se nekoj osobi postavi privremeni zastupnik, sud će, u pravilu, postojanje nekih od primjerice navedenih okolnosti u kojima je dužan postaviti privremenog zastupnika ako se pokaže da postoje druga i treća od navedenih pretpostavaka (84/2.), moći sa sigurnošću utvrditi jer će se njihovo postojanje moći dokazati javnim ispravama. Ipak, kad bi se privremeni zastupnik postavljao tuženiku čije je boravište nepoznato, a nema punomoćnika (84/2.4.), činjenicu da tuženik nema punomoćnika bilo bi dovoljno utvrditi na razini pretežnije vjerojatnosti.

7.8. Produljenje roka i odgoda ročišta

Sudski rokovi mogu se produljiti samo jednom na prijedlog zainteresirane osobe ako za to postoje **opravdani razlozi** (111/2.), a ročište se može odgoditi kad je to **potrebno radi izvođenja dokaza** ili kad za to postoje drugi **opravdani razlozi** (116/1.).¹⁴⁶

Pravni standard «opravdani razlozi» u navedenim odredbama obuhvaćao bi sve one okolnosti koje bi u konkretnom slučaju, prema ocjeni suda, govorile u prilog produljenja roka ili odgode ročišta. Pritom bi u nekim slučajevima bilo dovoljno samo navesti postojanje nekih od tih okolnosti, a u nekima bi prijedlog eventualno trebalo potkrijepiti odgovarajućim dokazima. To će ovisiti o tome kakav će stav sud zauzeti o istinitosti navoda stranke kojima opravdava prijedlog za produljenje roka odnosno odgodu ročišta, o ocjeni opravdanosti za to navedenih razloga (pravna kvalifikacija navedenih okolnosti), o stavu protivne stranke prema prijedlogu i razlozima kojima

¹⁴⁶ Riječ «može» u kontekstu navedenih odredaba treba shvatiti u smislu da bi o ocjeni suda, čak i kad bi bilo argumenata za produljenje roka ili za odgodu ročišta, ovisilo opravdavaju li oni predloženo produljenje ili odgodu, odnosno o njegovoj ocjeni o tome postoje li možda neki drugi razlozi koji bi unatoč postojanju tih razloga govorili u prilog stavu da se prijedlog ne prihvati.

bi on bio potkrijepljen, općenito o okolnostima konkretnog postupka, itd. Sud bi pritom trebao uzeti u obzir i pravno-političko načelo (inspirirano razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti) da vođenje incidentalnog postupka o postojanju razloga za produljenje ili odgodu samo po sebi ne bi smjelo dovesti do prekomjernog odugovlačenja postupka.

Svoj stav o postojanju razloga za produljenje odnosno odgodu sud bi, dakle, u pravilu, formirao polazeći od hipoteze da su navodi o postojanju okolnosti kojima se prijedlog opravdava istiniti, iznimno uzimajući u obzir i već izvedene dokaze, odnosno izvodeći neke dokaze, npr. uvidom u priložene isprave i sl. Bila bi riječ o vjerojatnosti koja po prirodi stvari ne bi morala biti pretežnija. Određivanje potrebne razine vjerojatnosti u slučajevima u kojima bi sud odobrio produljenje roka odnosno odgodio ročište bilo bi zapravo prepušteno njegovoj slobodnoj ocjeni (diskreciji) jer protiv takvih odluka žalba nije dopuštena (111/4., 116/3.).

7.9. Povrat u prijašnje stanje

Ako stranka propusti ročište ili rok za poduzimanje kakve radnje u postupku i zbog toga izgubi pravo na poduzimanje te radnje, sud će toj stranci na njezin prijedlog dopustiti da naknadno obavi tu radnju (povrat u prijašnje stanje) ako ocijeni da postoje **opravdani razlozi** za propuštanje (117/1.).

Pravni bi standard «opravdani razlozi» u navedenoj odredbi obuhvaćao sve one okolnosti koje bi u konkretnom slučaju, prema ocjeni suda, opravdavale prihvaćanje prijedloga za povrat u prijašnje stanje. Budući da je u povodu prijedloga dužan zakazati ročište, osim ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate (121/2.), sud svoju odluku o prijedlogu redovito donosi nakon rasprave o njegovoj osnovanosti i odgovarajućeg možebitnog izvođenja dokaza radi utvrđivanja činjenica kojima se on potkrijepljuje odnosno koje je iznijela protivna stranka. Pritom bi sud, prije nego što bi pristupio utvrđivanju pojedinih od tih činjenica, trebao provesti njihovu kvalifikaciju na one koje bi – same ili povezane s nekim drugim od navedenih činjenica - mogle imati značenje opravdanog razloga za povrat i na one koje bi u tom smislu bile irelevantne.

Stav o potrebnoj razini utvrđenosti činjenica o kojima bi ovisila osnovanost prijedloga za povrat ovisio bi, u nedostatku izričite zakonske odredbe o tome, o pravopolitičkom stavu koji bi se zauzeo prema korištenju tog pravnog sredstva. U prilog pooštrenja (povišenja) potrebne razine utvrđenosti razloga za povrat govorili bi opća pravno-politička potreba pojačanja procesne discipline i opće pravosudne efikasnosti, ubrzanja i pojeftinjenja postupka, preveniranja mogućnosti odugovlačenja postupka šikanozno-dilatornim manevrima stranaka, opravdani interes protivnika da se postupak što prije okonča bez suvišnih odugovlačenja, itd. U prilog sniženja potrebne razine utvrđenosti išla bi opća priroda povrata kao instituta inspiriranog pravičnošću (*remedium equitatis*), stav da stranka ne bi smjela svoj uspjeh u parnici temeljiti na ispričljivim propuštanjima protivnika. Takav bi stav mogao svoje opravdanje pronaći i u razlozima procesnopravnog oportuniteta: ponekad bi bilo skuplje i iziskivalo bi više vremena provjeravati postoje li (makar na razini pretežnije vjerojatnosti) pretpostavke za povrat, nego prijedlog za povrat odmah prihvatiti i dopustiti poduzimanje (uvažiti

– ako je poduzeta zajedno s prijedlogom – 118/5.) propuštene radnje.

De lege lata, bi svakako potrebna mjera uvjerenosti u postojanje razloga za povrat bila **pretežnja vjerojatnost**, dakle, ne njihovo nesumnjivo (sigurno) postojanje – takav bi stav odgovarao sumarnoj prirodi postupka koji se provodi u povodu prijedloga. U praksi, međutim, kao da postoji tendencija relativno olakog prihvaćanja prijedloga za povrat. Takvu praksu omogućava okolnost da se rješenje kojim se prijedlog za povrat prihvaća ne može pobijati žalbom jer nije bilo opravdanih razloga za njegovo prihvaćanje (*arg. ex* 122.).

7.10. *Nepolaganje iznosa potrebnog za podmirenje troškova izvođenja dokaza*

Sud će u pravilu odustati od izvođenja dokaza ako iznos potreban za podmirenje troškova ne bude položen u roku što ga sud odredi i u tom će slučaju, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijeniti od kakve je važnosti što stranka nije u roku položila iznos potreba za podmirenje troškova (153/3.). U slučaju na koji se odnosi navedena odredba sud bi, uzimajući u obzir «sve okolnosti», dakle rezultate postupka provedenog do tog momenta odnosno do momenta u kojemu bi i inače formirao svoj definitivni stav o činjenicama koje bi utvrđivao, uključujući i eventualne argumente koje je stranka kojoj je naloženo polaganje predujma iznijela, ali i argumente protivne stranke, u pravilu bez daljnjih provjera,¹⁴⁷ «po svom uvjerenju» cijenio razloge zbog kojih predujam nije položen i od kakvog bi utjecaja to moglo biti na njegov daljnji stav o postojanju činjenica koje je trebalo utvrditi izvođenjem dokaza od kojega se odustalo. Sud bi stav do kojega bi došao «po svom uvjerenju» trebao obrazložiti tako što bi iznio zašto je «s obzirom na sve okolnosti» donio odgovarajući zaključak o razlozima zbog kojih stranka nije položila predujam i do kakvog je daljnjeg zaključka, polazeći od toga zaključka, došao i zašto o postojanju činjenice koju je trebalo utvrditi dokazom od koga se odustalo. Uvjerjenje suda do kojega bi dolazio uzimajući u obzir «sve okolnosti» bilo bi blisko slobodnoj ocjeni dokaza, između ostaloga, i zato što bi do svog uvjerenja mogao doći i slobodnom ocjenom dokaza koji su do tada bili izvedeni odnosno koje bi naknadno izveo;¹⁴⁸ ono bi se, međutim, razlikovalo od te ocjene po tome što bi ga sud mogao formirati i neovisno o tome što u vezi s nepolaganjem predujma ne bi izveo nikakve dokaze: do tog bi svog uvjerenja sud mogao doći uzimajući u obzir samo ukupno ponašanja stranaka u konkretnom slučaju, njihove odgovarajuće izjave, značenje neizvedenog dokaza za utvrđenje činjenice koju je njime trebalo utvrditi, itd., dakle uzimajući u obzir samo neke od momenata o kojima inače treba voditi računa pri slobodnoj ocjeni dokaza. Razina uvjerenosti na kojoj bi sud formirao svoj zaključak o razlozima zbog kojih predujam nije položen mogla biti vrlo različita – ona bi se mogla kretati od vrlo niske vjerojatnosti i pretežnje vjerojatnosti pa do sigurnosti. Upravo bi stoga i razina te njegove uvjerenosti mogla na različite načine pridonijeti formiranju njegova stava o postojanju činjenice koju je

147 Takve bi provjere eventualno bile potrebne u slučaju u kojemu bi sud posumnjao da stranke nepolaganjem predujma idu za time da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3., 153/5.).

148 Tako bi sud naknadno prigodom izvođenja dokaza saslušanja stranaka ili drugih dokaza mogao prikupiti i informacije o razlozima zbog kojih stranka nije položila odgovarajući predujam.

trebalo utvrditi dokazom od čijeg se izvođenja odustalo: ona bi u nekim slučajevima mogla poslužiti tek kao indicij različite snage za stvaranje odgovarajućeg zaključka, ali, u nekim drugim slučajevima, i kao čvrsta osnova za njegovo donošenje. U svakom slučaju radi formiranja svog uvjerenja o važnosti okolnosti da stranka nije položila predujam sud bi dolazio na temelju ograničenog procesnog materijala – da bi došao do tog uvjerenja on ne bi bio dužan provesti nikakav poseban incidentalni dokazni postupak.

7.11. Objektivna i subjektivna kumulacija i alternacija; protutužba

O postojanju pretpostavaka za dopustivost isticanja više zahtjeva u istoj parnici (objektivna kumulacija i alternacija tužbenih zahtjeva – 188.), odnosno o postojanju pretpostavaka za zasnivanje različitih oblika suparničarstva (196.-201.) sud bi svoj stav u pravilu formirao na temelju **navoda u tužbi**, polazeći, dakle, od hipoteze da su oni istiniti. Naime, ocjena jesu li ispunjene te pretpostavke redovito će ovisiti o rješenju merituma, o tome postoje li ili ne postoje materijalnopravno relevantne pretpostavke za prihvaćanje zahtjeva. Iznimno, kao, npr., kad se različiti oblici nadležnosti javljaju kao pretpostavke za dopustivost zasnivanja odnosa objektivne i subjektivne kumulacije i alternacije, sud bi odgovarajuće pretpostavke trebao utvrditi na razini na kojoj se one inače trebaju utvrditi tijekom postupka (za nadležnost v. *supra ad III.7.2.*).

Odgovarajuće bi vrijedilo i za utvrđivanje postojanja pretpostavaka za podnošenje protutužbe (189.).

7.12. Objektivna preinaka tužbe

Tužitelj može do zaključenja prethodnog postupka preinačiti tužbu (190/1.). Nakon dostave tužbe tuženiku za preinaku tužbe potreban je pristanak tuženika; ali i kad se tuženik protivi preinaci, sud može dopustiti preinaku ako smatra da bi to bilo svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama (190/2.).

Svoj stav o tome treba li dopustiti preinaku bilo **svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama** sud bi formirao uzimajući u obzir rezultate do tada provedenog postupka, razloge kojima tužitelj obrazlaže preinaku i razloge koje je protiv toga iznio tuženik. Sud bi eventualno radi zauzimanja toga stava mogao provesti i odgovarajuće dodatne provjere pa i izvoditi dokaze. U svakom bi slučaju incidentalni postupak u kojemu bi se odlučivalo o preinaci bio sumaran i svoj stav o postojanju činjeničnih premisa za donošenje odluke sud bi mogao različito formirati. U nekim slučajevima polazeći od onoga što su stranke ustvrdile, u nekim na temelju vjerojatnosti različite razine o njihovu postojanju, u nekima na temelju sigurnosti o tome (npr. na temelju odgovarajućih javnih isprava, itd.). Polazeći od tih premisa, sud bi mogao dopustiti preinaku ako bi ocijenio da bi to bilo svrhovitije nego da je ne dopusti. Bila bi riječ o specifičnom slučaju pretežnije vjerojatnosti da bi bilo oportunije nešto dopustiti nego to uskratiti. Budući da je dopuštena (doduše nesamostalna – 190/8.) žalba protiv odluke kojom se prihvaća preinaka, ta bi odluka trebala biti obrazložena (u obrazloženju odluke žalbom protiv koje bi se pobijala i

odluka o prihvaćanju preinake) i u tom bi smislu ona u pogledu postojanja razloga za prihvaćanje preinake bila kontrolabilna.

7.13. Imenovanje prethodnika

Osoba koja je tužena kao držatelj kakve stvari ili korisnik kakva prava, a tvrdi da stvar ili pravo vrši u ime treće osobe, može najkasnije do upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari, a ako ono nije održano – onda na glavnoj raspravi prije nego što se upusti u raspravljanje o glavnoj stvari, pozvati preko suda tu treću osobu (prethodnika) da umjesto nje stupi kao stranka u parnicu (210/1.). Pristanak tužitelja da umjesto tuženika u parnicu stupi prethodnik potreban je samo ako tužitelj protiv tuženika ističe i takve zahtjeve koji ne ovise o tome ima li tuženik u ime prethodnika stvar ili vrši li pravo (210/2.).

Sud bi svoju ocjenu o tome ističe li tužitelj protiv tuženika zahtjeve koji ne ovise o tome ima li tuženik u ime prethodnika stvar ili vrši li pravo formirao na temelju navoda u tužbi i navoda tuženika u podnesku kojim se predlaže pozivanje treće osobe, eventualno uzimajući u obzir i dokaze (isprave) koji bi bili priloženi uz te akte, dakle, redovito polazeći od pretpostavke da su oni istiniti. Naime, u vrijeme odlučivanja o utemeljenosti zahtjeva za procesnopravnu sukcesiju o tom se pitanju ne bi moglo odlučiti na razini sigurnosti prije nego što bi glavni spor bio meritorno riješen (uvjetovanost funkcionalno prethodeće procesnopravne odluke kasnijom meritornom odlukom). Sud bi zapravo svoje uvjerenje da su ispunjene pretpostavke da se dopusti procesnopravna sukcesija trebao formirati na razini, tzv. «hipotetske sigurnosti», dakle, polazeći od hipoteze o istinitosti relevantnih činjeničnih navoda.

7.14. Postojanje razloga za nastavak prekinutog postupka

Sud će u pravilu sa sigurnošću moći (i biti dužan) utvrditi da su ispunjene pretpostavke za nastavak prekinutog postupka: njihovo će se postojanje u pravilu dokazivati i utvrđivati javnim ispravama (*arg. ex* 215/1.-3.). Ipak, u slučajevima u kojima je postupak prekinuo svojom konstitutivnom odlukom (213.) i u kojima ga može nastaviti kad ustanovi da više ne postoje razlozi da se čeka na njegov završetak (215/3.), bit će dovoljno da sud svoj stav o tome da ti razlozi više ne postoje formira na razini pretežnije vjerojatnosti, često utemeljene na sumarno utvrđenim premisama za njezino utvrđenje.

7.15. Upozorenje o dužnosti iznošenja činjenica i predlaganja dokaza

Svaka stranka dužna je iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima temelji svoj zahtjev ili kojim pobija navode i dokaze protivnika (219/1.). Sud može do zaključenja prethodnog postupka, kad ocijeni da je to svrsishodno za pravilno rješenje spora, upozoriti stranke na njihovu navedenu dužnost, a osobito na potrebu iznošenja odlučnih činjenica i predlaganja određenih dokaza te iznijeti razloge zbog kojih smatra da je to potrebno (219/2.).

Svoju ocjenu da bi bilo svrhovito za pravilno rješenje spora upozoriti stranke na njihovu dužnost da iznesu činjenice i predlože dokaze na kojima temelje svoj zahtjev

ili kojima pobijaju navode i dokaze protivnika sud bi redovito donosio uzimajući u obzir navode stranaka te, eventualno, i dokaze s kojima bi raspolagao u postupku. U tom bi smislu pri formiranju svog stava o postojanju činjeničnih premisa za njezino donošenje sud redovito polazio od hipoteze o istinitosti činjeničnih navoda stranaka i njihovoj potkrijepljenosti (već izvedenim dokazima i) predloženim dokazima. Pritom bi uvjerenost u postojanje tih činjeničnih premisa i na njima utemeljenog zaključka da bi bilo svrhovito upozoriti stranke na njihovu razmatranu dužnost trebala *in concreto* opravdavati to upozorenje (kriterij oportuniteta). Razina bi te uvjerenosti mogla biti i (bitno) niža od, tzv. pretežnije vjerojatnosti. U prilog takvom tumačenju govorila bi, između ostaloga, i okolnost da je odredba članka 219. stavka 2. ZPP zapravo izraz šire dužnosti suda da postupak provodi prema načelu «otvorenog pravosuđenja» (288.a/2.), dužnosti koja nije uvjetovana ocjenom o tome bi li poticanje stranaka da iznesu sav relevantni procesni materijal bilo svrhovito. U prilog takva tumačenja išla bi i okolnost da se zbog takva postupanja suda presuda ne može pobijati (*arg. ex* 353.-356.).

7.16. Povjeravanje izvođenja dokaza predsjedniku vijeća ili zamoljenom sucu (tzv. funkcionalna delegacija nadležnosti)

U sporovima u kojima sudi, vijeće može iz važnih razloga odlučiti da se određeni dokazi izvedu pred predsjednikom vijeća ili pred zamoljenim sucem (224/1.). I sudac bi pojedinac mogao iz tih razloga odlučiti da izvođenje određenog dokaza povjeri zamoljenom sucu.

Svoj stav o postojanju **važnih razloga** za delegiranje izvođenja dokaza sud bi redovito formirao na temelju navoda stranaka tijekom postupka, osobito onih koji bi se ticali dokaza koje treba izvesti te njegove ocjene o tome bi li, s jedne strane, razlozi neposrednosti zahtijevali da dokaz ipak on sam izvede izravno, odnosno, koliko bi to, s druge strane, poskupjelo izvođenje dokaza i odužilo provođenje postupka. Sud bi pritom trebao uzeti u obzir i okolnost da je i sam ovlašten odgovarajuće radnje obaviti na području drugog suda (25., v. *supra ad* III.7.3.). Uvjerenost u postojanje pojedinih od činjeničnih premisa za ocjenu o opravdanosti ove delegacije te samu ocjenu o njezinoj opravdanosti sud bi trebao formirati na razini **pretežnije vjerojatnosti** – ako bi bio manje uvjeren u svrhovitost delegacije (na temelju premisa utvrđenih na navedeni način) nego što bi bio uvjeren u njezinu opravdanost ne bi je smio odrediti – to ne bi bilo opravdano. Ipak, okolnost da protiv rješenja suda o delegaciji izvođenja dokaza nije dopuštena posebna žalba (224/5.), da bi se ona tek posredno mogla pobijati zbog povrede načela neposrednosti (354/1.), odnosno zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (355.), bitno relativizira mogućnost kontrole «objektivnosti» stava suda o postojanju važnih razloga.

7.17. Edicija isprava

7.17.1. Dužnost stranaka da ediraju isprave

Stranka je dužna sama podnijeti ispravu na koju se poziva za dokaz svojih navoda (232/1.). Kad se jedna stranka poziva na ispravu i tvrdi da se ona nalazi kod druge stranke, sud će tu stranku pozvati da podnese ispravu, ostavljajući joj za to određeni rok (233/1.). Sud će, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijiniti od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu neće postupiti po rješenju suda kojim joj se nalaže da podnese ispravu ili protivno uvjerenju suda poriče da se isprava nalazi kod nje (233/5.).

Polazeći od navedenih odredaba, trebalo bi u vezi s dužnošću stranke da edira ispravu razlikovati tri situacije:

(1) ako se sama stranka pozvala za dokaz svojih navoda na neku ispravu (231/1.) i ako je ne podnese (a iz načina na koji se na nju pozvala moglo bi se zaključiti da njome raspolaže), trpjet će zbog toga, u krajnjoj liniji, prema pravilima o teretu dokazivanja štetne posljedice neuspjeha da se dokaže da su njezini navodi istiniti (221.a);

(2) ako se jedna stranka pozvala na ispravu za koju tvrdi da se ona nalazi kod druge stranke, sud je dužan tu stranku pozvati da podnese ispravu, ostavljajući joj za to određeni rok (233/1.). Ako stranka ne ospori da se isprava kod nje nalazi i ne pozove se na to da postoje razlozi zbog kojih je ovlaštena uskratiti ediciju (233/3., 237., 238.) niti ih sud utvrdi po službenoj dužnosti (233/2., 3., 236.), pa je unatoč tome ne podnese u roku koji joj je za to određen, sud je ovlašten i dužan, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijiniti od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu nije postupila po rješenju suda kojim joj je naloženo da je podnese (233/5.). Za formiranje takve ocjene vrijedilo bi u bitnome, *mutatis mutandis*, ono što je rečeno *supra ad III.7.10.*;

(3) ako se jedna stranka pozvala na ispravu za koju tvrdi da se ona nalazi kod druge strane i ako ta stranka porekne da se isprava kod nje nalazi, sud može radi utvrđivanja te činjenice izvoditi dokaze (233/4.), između ostalog i dokaz saslušanjem stranaka (264.). Ako bi sud utvrdio, na temelju provedenog dokazivanja, da se isprava nalazi kod druge stranke, a ne bi bilo razloga zbog kojih bi bila ovlaštena uskratiti njezinu ediciju (233/2., 233/3., 236., 237., 238., v. *supra ad (2)*), bio bi dužan naložiti joj (rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba – 233/6.) da to učini. Da bi sud naložio toj stranci da edira ispravu bilo bi potrebno da svoj zaključak o tome da se ona kod nje nalazi (i da ju je dužna edirati) formira na razini **sigurnosti**: ako ne bi bio siguran da se isprava kod nje nalazi, ne bi joj smio naložiti da je podnese – teret nedokazanosti trebala bi snositi stranka koja je ustvrdila da se isprava nalazi kod druge stranke. Izloženi stav da bi za izdavanje naloga bila potrebna sigurnost da se isprava nalazi kod druge stranke imao bi svoje uporište u odredbi prema kojoj bi sud, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju, cijenio od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu **protivno uvjerenju suda** poriče da se ona kod nje nalazi (233/5.). Sud bi, dakle, trebao biti siguran da je isprava kod protivnika da bi smio iz toga izvesti zaključak zašto je protivna stranka odbija podnijeti. O ocjeni koju bi sud, s

obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju, donosio o razlozima zbog kojih stranka nije postupila po njegovom nalogu i o njihovoj važnosti za utvrđivanje činjenica koje je trebalo utvrditi tom ispravom vrijedilo bi *mutatis mutandis* u bitnome ono što je rečeno *supra ad III.7.10.*

7.17.2. Dužnost treće osobe da edira ispravu

Treća osoba dužna je po nalogu suda podnijeti ispravu koju je po zakonu dužna pokazati ili podnijeti, odnosno ispravu koja je po svojem sadržaju zajednička za tu osobu i stranku koja se poziva na ispravu. U pogledu prava treće osobe da uskrati podnošenje drugih isprava na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o pravu svjedoka da uskrati davanje svog iskaza odnosno odgovor na pojedino pitanje (233/4., 236., 237., 238.). Prije nego što donese odluku kojom će trećoj osobi narediti da podnese ispravu sud ju je dužan pozvati da se o tome izjasni (233/2.).

Ako treća osoba poriče svoju dužnost da podnese ispravu koja se kod nje nalazi, parnični je sud ovlašten odlučiti (treba uzeti nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne – 7/3.) je li treća osoba to dužna učiniti (233/3.). On bi pritom uzimao u obzir navode stranaka o tome nalazi li se isprava kod treće osobe i o tome postoje li razlozi da je edira te navode treće osobe o tome da se isprava ne nalazi kod nje odnosno da je nije dužna edirati. On bi, eventualno, radi utvrđenja nalazi li se isprava kod treće osobe i je li je dužna edirati mogao provesti i odgovarajuće dokaze (234/4.), pri čemu bi treću osobu mogao saslušati kao stranku u incidentalnom postupku u kojemu bi se odlučivalo o njezinoj dužnosti da edira ispravu, odnosno o njezinu pravu da uskrati njezinu ediciju (264.). On bi, svakako, mogao izvesti i dokaz saslušanjem stranaka (264.). Ako bi sud sa **sigurnošću** utvrdio da se isprava nalazi kod treće osobe i da ju je dužna edirati (234/1.1.), naredio bi joj da je podnese (234/5.). Na to da postojanje te dužnosti treba utvrditi na toj razini uvjerenosti upućuje okolnost da se na temelju rješenja suda kojim se nalaže edicija može zatražiti i provesti ovrha.

7.18. Dužnost svjedoka da iskazuje

Svjedok se iz određenih razloga ne može saslušati (236.), iz stanovitih uskratiti svjedočenje (237.), a iz nekih može uskratiti odgovor na pojedino pitanje (238., 239.).

Opravdanost razloga za uskraćivanje svjedočenja ili odgovara na pojedina pitanja ocjenjuje sud pred kojim svjedok treba da svjedoči, pri čemu je sud, ako ocijeni da je to potrebno, ovlašten saslušati i stranke (240/1.), ali, iako to nije izrijeком predviđeno, izvesti, prema potrebi, i druge dokaze (*arg. a cohaerentia ex* 234/4.). On bi svakako mogao saslušati i samog svjedoka kao specifičnu stranku u incidentalnom postupku u kojemu odlučuje o njegovoj dužnosti da svjedoči, odnosno o njegovom pravu da uskrati svjedočenje (264.).

Treba uzeti da bi sud svoju odluku kojom bi prihvatio razloge za uskraćivanje svjedočenja trebao donijeti ako bi ocijenio da je **vjerojatno** da oni postoje, pri čemu bi razina zahtijevane vjerojatnosti mogla varirati od slučaja do slučaja – od pretežnije do slabije vjerojatnosti. U prilog takvog stava govorili bi ovi razlozi:

(1) svjedok je u načelu dužan svjedočiti (235/1.). Stoga, da bi bio oslobođen te

dužnosti, trebalo bi utvrditi da postoje razlozi koji bi to opravdali; u tom bi se smislu moglo reći da bi na svjedoku bio teret dokazivanja tih razloga;

(2) opravdanost razloga za uskraćivanje ocjenjuje sud (240/1.), u pravilu na temelju tvrdnji samog svjedoka, eventualno nakon što bi o tome saslušao stranke (240/1.) te izveo i odgovarajuće dokaze, uključujući i saslušanje samog svjedoka kao specifične stranke (v. *supra*).

(3) postupak koji bi prethodio donošenju odluke suda bio bi u pravilu sumaran i sud bi radi utvrđivanja bitnih činjenica samo iznimno izvodio dokaze, zbog čega razina utvrđenosti bitnih činjenica redovito ne bi mogla, a niti trebala odgovarati izvjesnosti. To bi, međutim, ipak trebalo ovisiti i o važnosti svjedoka i predmeta svjedočenja, ali i razloga zbog kojih svjedok uskraćuje iskaz;

(4) okolnost da bi sud ocjenjivao opravdanost razloga za uskratu svjedočenja ili davanja odgovora na pojedina pitanja dopuštala bi mu da pri donošenju odluke o uskrati uzme u obzir i kriterije procesnopravnog oportuniteta, da, npr., ne inzistira pretjerano na provjeri postojanja tih razloga i time na postojanju dužnosti svjedoka - osobito u slučajevima u kojima bi radi utvrđenja odnosne činjenice bilo moguće izvesti i druge dokaze kojima bi se nadomjestilo saslušanje svjedoka;

(5) odluka o oslobađanju od dužnosti u biti nije izravno kontrolabilna jer protiv nje nije dopuštena posebna žalba (240/2.); ona bi se tek naknadno posredno mogla pobijati žalbom protiv odluke o glavnoj stvari zato što je neosnovanim odustankom od saslušanja svjedoka počinjena relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka (354/1.), odnosno jer je to dovelo do pogrešnog utvrđenja činjeničnog stanja (355.)

Međutim, da bi donio odluku kojom bi svjedoka **novčano kaznio** ili čak i **zatvorio**, razina njegove uvjerenosti u nepostojanje razloga za uskratu trebala bi odgovarati sigurnosti. Na toj bi razini trebalo utvrditi postojanje okolnosti kojima bi se pridalo značenje takvih razloga. Sama ocjena imaju li utvrđene okolnosti značenje opravdanih razloga za uskratu imala bi značenje pravne ocjene. Osnovu za donošenje odluke mogli bi najprije tvoriti navodi samoga svjedoka o razlozima zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću i na njima utemeljen stav suda da okolnosti na koje se svjedok poziva, čak i kad bi postojale, ne bi imale značenje opravdanih razloga (nekonkluzivnost obrane). Osnovu za donošenje navedenih odluka mogla bi, zatim, tvoriti i utvrđenja suda o tome postoje li okolnosti na koje se svjedok poziva do kojih bi došao na temelju izvedenih dokaza i, eventualno, primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica. Pritom sud ne bi smio kazniti svjedoka ako bi bilo barem vjerojatno da postoje okolnosti koje opravdavaju njegovo inače kažnjivo ponašanje – da bi nekoga kaznio sud bi trebao biti siguran da je kažnjivi delikt počinjen (*in dubio pro reo*). Međutim, kad je u pitanju naknada troškova, trebalo uzeti da bi sud bio ovlašten zaključiti da je svjedok prekršio svoju dužnost ako ne bi uspio sa sigurnošću utvrditi da je nije prekršio. Na svjedoku bi bio teret dokazivanja da su postojali opravdani razlozi zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću. Razlika u pristupu kad je riječ o kažnjavanju svjedoka i njegova osuda na naknadu troškova bila bi uvjetovana prirodom pravila primjenom kojih bi se odlučivalo o kažnjivom i građanskom deliktu i njima uvjetovanom razlikom u utvrđivanju odgovornosti za te delikte. Ponekad će odgovarajuću odluku biti lakše donijeti, npr. zato što bi iznijeti

razlozi bili irelevantni, nekad teže, npr. kad bi ovisila o subjektivnim momentima koji su teško provjerljivi (pozivanje svjedoka na to da se nečega ne sjeća itd.).

Treba uzeti da bi sud na odgovarajući način utvrđivao i opravdanost razloga za neodazivanje pozivu suda (235., 248.).

7.19. Dužnost vještačenja

Određeni vještaci dužni su odazvati se pozivu suda i iznijeti svoj nalaz i mišljenje (253/1.).

Sud je dužan vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja iz razloga iz kojih svjedok može uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje (236.-239., 253/2.; v. *supra* ad III.7.17.).

Sud može vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga (253/3.1.).

Pri odlučivanju o tome treba li vještaka osloboditi zato što postoje ti drugi opravdani razlozi sud bi svoj stav o tome postojе li okolnosti na koje se vještak poziva (nakon što bi ih kvalificirao kao okolnosti koje potencijalno mogu imati značenje opravdanih razloga) temeljio u pravilu na navodima vještaka te, eventualno, na navodima koje bi stranke iznijele u vezi s njegovim zahtjevom. Sud bi, svakako, mogao izvesti i odgovarajuće dokaze ako bi ocijenio da je to potrebno, pogotovu u slučaju u kojemu bi vještak ili stranke svoje navode potkrijepile ispravama. On bi mogao izvesti i dokaz saslušanjem vještaka kao incidentalne stranke *sui generis* (264.). U tom bi se smislu moglo reći da bi sud taj svoj stav u pravilu formirao ili polazeći od hipoteze o istinitosti navoda vještaka i/ili uzimajući u obzir i rezultate sumarno provedenog dokaznog postupka na temelju kojega bi dolazio do uvjerenosti različitog stupnja o njihovoj istinitosti, uvjerenosti koja bi, ovisno o kvaliteti izvedenih dokaza, mogla imati značenje slabije vjerojatnosti, pretežnije vjerojatnosti pa i sigurnosti. Svoju (pravnu) ocjenu imaju li okolnosti postojanje kojih je utvrdio na različitoj, prema njegovom mišljenju dostatnoj razini uvjerenosti, značenje opravdanih razloga sud bi iznio u odluci o zahtjevu za oslobođenje od vještačenja.

U prilog stavu da se okolnosti koje bi opravdavale oslobođenje vještaka mogu utvrditi, već prema slučaju, na različitoj razini uvjerenosti govorila bi, između ostaloga, okolnost da su vještaci (za razliku od svjedoka) redovito zamjenjivi, ali svakako i sumarna priroda incidentalnog postupka u kojemu bi se odlučivalo o zahtjevu vještaka, postupka koji iz razloga procesnopravnog oportuniteta ne bi smio bitnije utjecati na njegovo produženje i poskupljenje.

Da bi sud mogao novčano kazniti vještaka koji ne dođe na ročište iako je uredno pozvan, a izostanak ne opravda, vještaka koji bi bez opravdanog razloga odbio vještačiti te vještaka koji svoj nalaz i mišljenje bez opravdanog razloga ne bi podnio u roku koji mu je sud odredio (255/1.), ali i da bi ga osudio da strankama naknadi time pruzročene troškove postupka (255/3.), bilo bi potrebno da okolnosti o kojima bi ovisilo donošenje tih odluka utvrdi na razini sigurnosti. Osnovu za donošenje odluke mogli bi najprije tvoriti navodi samoga vještaka o razlozima zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću i na njima utemeljen stav suda da okolnosti na koje se vještak poziva, čak i kad bi postojale, ne bi imale značenje opravdanih

razloga (nekonkluzivnost obrane). Osnovu za donošenje navedenih odluka mogla bi, zatim, tvoriti i utvrđenja suda o tome postoje li okolnosti na koje se vještak poziva do kojih bi došao na temelju izvedenih dokaza i, eventualno, primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica. Pritom sud ne bi smio kazniti vještaka ako bi bilo makar vjerojatno da postoje okolnosti koje opravdavaju njegovo inače kažnjivo ponašanje – da bi nekoga kaznio sud bi trebao biti siguran da je kažnjivi delikt počinjen. S druge bi strane, kad je u pitanju naknada troškova, trebalo uzeti da bi sud bio ovlašten zaključiti da je vještak prekršio svoju dužnost ako ne bi uspio sa sigurnošću utvrditi da je nije prekršio: na vještaku bi bio teret dokazivanja da su postojali opravdani razlozi zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću. Razlika u pristupu kad je riječ o kažnjavanju vještaka i njegova osuda na naknadu troškova bila bi uvjetovana prirodom pravila primjenom kojih bi se odlučivalo o kažnjivom i građanskom deliktu i njima uvjetovanom razlikom u utvrđivanju odgovornosti za te delikte.

7.20. Saslušanje stranaka

Ako se stranka ne odazove pozivu suda radi saslušanja ili uskratiti davanje iskaza, protiv nje se ne mogu primijeniti nikave prisilne mjere, ali će sud, s obzirom na sve okolnosti, ocijeniti od kakva je značenja što stranka nije došla na saslušanje ili što je uskratila iskaz (269.). Za formiranje ocjene suda o značenju navedenih ponašanja stranke vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, u bitnome ono što je rečeno za propuštanje stranke da predujmi sredstva za pokriće troškova izvođenja dokaza (153/3., v. *supra ad III.7.10.*).

7.21. Osiguranje dokaza

Osiguranje dokaza može se predložiti (prije pokretanja parnice, u tijeku pa i nakon pravomoćnosti odluke kojom se postupak završava – 272/1., 3.) ako postoji **opravdana bojazan** da se neki dokaz neće moći izvesti ili da će njegovo kasnije izvođenje biti otežano (272/1.).

Pri utvrđivanju postojanja pretpostavaka za prihvaćanje prijedloga za osiguranje sud bi trebao uzeti u obzir navode predlagatelja o postojanju prava čija zaštita ovisi o činjenicama koje se imaju utvrditi predloženim dokazom, razloge iz kojih smatra da je izvođenje dokaza nužno radi utvrđenja tih činjenica te zašto se kasnije on neće moći izvesti ili će njegovo izvođenje biti otežano (274.1.), te eventualne navode protivnika, ako bi mu bila pružena mogućnost da se prethodno izjasni (*arg. ex 275.*). Sud, dakle, pri donošenju odluke kojom bi prihvatio prijedlog za osiguranje u pravilu ne bi izvodio posebne dokaze radi provjere postoje li te pretpostavke, već bi svoju odluku o tome donosio polazeći od hipoteze da su istiniti navodi stranaka te, sasvim iznimno, i na temelju možebitnih likvidnih dokaza (npr. isprave koju bi priložio protivnik kojom bi se dokazivalo da razloga za osiguranje nema) te na takvoj provjeri utemeljenom zaključku o (u pravilu hipotetskoj) **pretežnijoj vjerojatnosti** njihova postojanja.

U prilog izloženom stavu o načinu utvrđivanja premisa za prihvaćanje prijedloga za osiguranje govorili bi, između ostalog, ovi momenti:

(1) osnovna je pretpostavka za prihvaćanje prijedloga za osiguranje dokaza

postojanje **opravdane bojazni**, dakle ozbiljne mogućnosti nastupanja neke posljedice, a ne i izvjesnosti njezina nastupanja;

(2) iz zakonskih odredaba koje uređuju način donošenja odluke i osnove za njezino donošenje proizlazi da će sud pri tome redovito uzeti u obzir samo navode u prijedlogu za osiguranje i, eventualno, navode protivnika ako mu je bilo omogućeno da se izjasni, a sasvim iznimno moguće likvidne dokaze;

(3) odluku o osiguranju po prirodi stvari treba donijeti bez odgode (načelo žurnosti), što bi isključivalo mogućnost ozbiljnije provjere postojanja pretpostavaka za prihvatanje prijedloga;

(4) redovito bi bilo protivno zahtjevima procesne ekonomije kad bi se incidentalni postupak za osiguranje dokaza pretvorio u postupak u kojem bi se izvodili dokazi da bi se ocijenilo na razini sigurnosti ili vrlo visoke vjerojatnosti treba li izvanredno izvesti neki dokaz;

(5) stranke se u pravilu racionalno ponašaju i redovito nisu spremne izložiti se troškovima ako ne bi postojali ozbiljni razlozi za predlaganje neke procesne radnje;

(6) nepotrebnim izvođenjem nekog dokaza ili njegovim izvođenjem prije nego što bi ga prema redovnom tijeku stvari trebalo izvesti u pravilu ne bi mogla nastupiti neka ozbiljnija šteta za protivnika niti bi se time sudovi pretjerano opteretili;

(7) protiv rješenja kojim se prihvaća prijedlog za osiguranje žalba nije dopuštena (275/6.): nekontrolabilnost takve odluke, koja zapravo ima značenje odluke o upravljanju postupkom, omogućavala bi bitno elastičniji pristup pri formiranju stava jesu li ispunjene pretpostavke za prihvatanje prijedloga nego što bi to bilo slučaj kad bi protiv odluke o prihvatanju žalba bila dopuštena;

(8) bio bi protivan svrsi instituta stav po kojemu bi se prijedlog za osiguranje mogao prihvatiti i kad bi bilo manje vjerojatno da opravdana bojazan postoji nego da ne postoji., itd.

U prijedlogu za osiguranje dokaza treba navesti podatke o protivniku, osim ako iz okolnosti proistječe da on nije poznat (274.2.). Svoj stav o postojanju takvih okolnosti sud bi u pravilu također formirao na temelju navoda u prijedlogu (*arg. ex* 274.1., 275.) i, sasvim iznimno, već prema slučaju, na likvidnim dokazima, dakle redovito na razini hipotetske vjerojatnosti (koja bi zapravo počivala na konkluzivnosti navoda u prijedlogu). Na istoj bi razini vjerojatnosti sud temeljio i svoju odluku o postavljanju privremenog zastupnika protivniku zato što nije poznat odnosno zato što njegovo boravište nije poznato (*arg. ex* 275.).

IV. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Izloženi pregled različitih aspekata problemskog kompleksa standarda utvrđenosti činjenica u parničnom postupku te nekih stavova koji se o tome zauzimaju u njemačko-austrijskom, ali i postjugoslavenskom pravnom krugu navodi nas na zaključak da bi u hrvatskom pravu *de lege lata* pri razmatranju tog instituta trebalo razlikovati dvije situacije. Jedna bi bila mjerodavna kad bi bila riječ o meritorno relevantnim činjenicama, neovisno o tome imaju li one to svojstvo prema pravilima, tzv. primarnog materijalnog prava ili, tzv. pravozaštitnog materijalnog prava, dok

bi se druga ticala procesnopravno relevantnih činjenica. Potrebna mjera utvrđenosti meritorno relevantnih činjenica bila bi u pravilu sigurnost (izvjesnost) (221.a), koja bi u načelu bila postignuta kad bi bila isključena razumna sumnja u mogućnost postojanja nečeg drugog, mjera do koje bi se dolazilo primjenom različitih zakonom predviđenih i *in concreto* raspoloživih metoda utvrđivanja činjenica, pri čemu bi ona svoje posebno značenje dobivala pri utvrđivanju činjenica slobodnom ocjenom dokaza. Iznimno, dostatna mjera utvrđenosti meritorno relevantnih činjenica bila bi vjerojatnost, redovito, tzv. pretežnija vjerojatnost. Sigurnost bi bila potrebna mjera utvrđenosti i činjenica o kojima bi ovisilo donošenje određenih vrsta procesnih odluka, redovito onih kojima bi se postupak dovršavao, dok bi kriterij vjerojatnosti bio mjerodavan za donošenje takvih odluka u mnogo većem broju slučajeva, pri čemu bi za donošenje nekih od takvih odluka bila potrebna pretežnija vjerojatnost, a za neke i bitno niža razina te mjere utvrđenosti. U nekim slučajevima za zauzimanje postupovnopravno relevantnih stavova bila bi dostatana i puka ustvrđenost određenih činjenica.

Pretežnija vjerojatnost ne bi se *de lege lata* mogla (eksplicitno) prihvatiti kao određujući kriterij za utvrđivanje meritorno relevantnih činjenica. Protiv toga bi, pored izričite zakonske odredbe (221.a), između ostaloga, govorila i okolnost da mjerodavne norme materijalnog prava nastupanje pravnih posljedica čije se ostvarenje nastoji postići u postupku pred sudom redovito uvjetuju postojanjem ili nepostojanjem određenih činjenica. Zato bi i odluka suda o zatraženoj pravozaštitnoj mjeri s obzirom na te pravne posljedice trebala biti utemeljena na takvom uvjerenju o postojanju ili nepostojanju tih činjenica koje bi isključivalo razumnu sumnju u pogledu mogućnosti postojanja nečeg drugog (normom primjenom koje treba donijeti odluku uvjetovana potrebna mjera utvrđenosti, uvjerenosti). Iznimke od naznačenog pravila bile bi u određenim slučajevima uvjetovane specifičnom prirodom pravno relevantnih činjenica koje treba utvrditi, u nekima prirodom pravozaštitnih mjera koje bi trebalo odrediti. Ipak, kao da razvitak materijalnopravnog uređenja, ali i postupovnopravnog koje u tome prati potrebe ovog prvog nagovještavaju postupno otvaranje prema prelasku u «novu kvalitetu», prema izravnom ili posrednom prihvaćanju kriterija pretežnije vjerojatnosti - na nekim pravnim područjima, između ostaloga, smanjivanjem potrebne razine utvrđenosti nekih činjenica kao uvjeta za prebacivanje tereta dokazivanja, a u nekima slučajevima i izričitim propisivanjem načina utvrđivanja činjenica («po slobodnoj ocjeni» na temelju sumarno provedenog dokazivanja).

Kad je riječ o procesnopravnim odlukama, razlozi procesnopravnog oportuniteta i ekspeditivnosti nalažu bitnija odstupanja od osnovnog standarda utvrđenosti činjenica u korist kriterija vjerojatnosti. Ipak, taj standard treba biti određujući u onim slučajevima u kojima se donose odluke kojima se postupak procesnopravno okončava.

Summary

STANDARDS OF ESTABLISHING FACTS IN CIVIL PROCEDURE

The paper defines the concept of establishing facts and represents theoretical elaboration of establishing facts in civil procedure of German, Austrian, ex-Yugoslav and post-Yugoslav legal sphere. The paper attempts to take a stand on the basic standard of establishing relevant facts in Croatian civil procedure. An attempt is made to justify the stand that the facts established by the court should be certain enough to exclude any reasonable doubt about the existence of other facts, given that this standard is prescribed by law and that legal consequences are conditioned by the norms of substantive law, i.e. by the existence or non-existence of certain facts. Therefore, the decision of the court on the protective measure concerning these legal consequences should be based on the belief in the existence or non-existence of such facts that would exclude any reasonable doubt about the existence of other facts.

Keywords: *standard of establishing facts, certainty, probability.*

Zusammenfassung

ÜBER STANDARDS DER TATSACHENFESTSTELLUNG IM ZIVILVERFAHREN

Die Arbeit definiert den Begriff der Tatsachenfeststellung und stellt theoretische Elaborierung der Problematik der Tatsachenfeststellung im Zivilverfahren des deutschen, österreichischen, ex-jugoslawischen und postjugoslawischen Rechtskreises dar. Man versucht die Stellung über den Grundstandard der Feststellung rechtstrevanter Tatsachen im kroatischen Zivilverfahren zu nehmen. Man versucht die Stellungnahme, dass die vom Gericht festgestellten Tatsachen die Sicherheit darstellen sollten, jeden vernünftigen Zweifel in das Bestehen anderer Tatsachen ausschließen zu können, dadurch zu rechtfertigen, dass dieser Standard im Gesetz vorgesehen wird und dass die im Verfahren vor dem Gericht anzustrebenden Rechtsfolgen von Normen des materiellen Rechts durch das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Tatsachen bedingt werden. Demzufolge sollte auch die Entscheidung des Gerichts über die ersuchte rechsschützende Maßnahme bezüglich dieser Rechtsfolgen auf die Überzeugung über das Bestehen oder Nichtbestehen solcher Tatsachen, welche wiederum jeden vernünftigen Zweifel in das Bestehen anderer Tatsachen ausschließen sollten, gegründet werden.

Schlüsselwörter: *Standard der Tatsachenfeststellung, Sicherheit, Wahrscheinlichkeit.*

Riassunto

DEI CRITERI DI ACCERTABILITÀ DEI FATTI NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO

Dopo avere definito la nozione di accertabilità dei fatti e dopo una rassegna comparata dell'elaborazione teorica della questione dei criteri di accertabilità dei fatti nel procedimento contenzioso nel diritto tedesco ed austriaco, nel diritto *ex* e *post* jugoslavo, nel presente contributo si tenta di assumere una posizione circa il fatto quale dovrebbe essere lo *standard* di base dell'accertabilità delle circostanze giuridicamente rilevanti nel procedimento contenzioso croato. La posizione secondo la quale tale dovrebbe essere la certezza definita come accertabilità che esclude il ragionevole dubbio circa l'esistenza di qualcos'altro viene, in primo luogo, giustificata dalla circostanza che tale criterio è espressamente previsto dalla legge e, successivamente, tra l'altro, anche dalla circostanza che le disposizioni di diritto sostanziale applicabili di regola condizionano il verificarsi delle conseguenze giuridiche dinanzi alla corte all'esistenza od all'inesistenza di determinate circostanze. Conseguentemente, anche la decisione giudiziale dovrebbe essere fondata su tale convinzione circa l'esistenza o l'inesistenza di tali circostanze che escluderebbero il ragionevole dubbio riguardo alla possibilità dell'esistenza di qualcos'altro.

Parole chiave: *criteri di accertabilità dei fatti, certezza, probabilità.*